THÈSE DE
CAEN.
1886
N°. 5.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

PAR

Louis MOULINET

Avocat

CAEN

TYPOGRAPHIE-LITHOGRAPHIE E. VALIN

5, rue au Canu, 5

—

1886

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA

CESSION DE CRÉANCES

A Rome et en France

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Dans la grande Salle de la Faculté

Le Jeudi 20 Mai 1886, à 3 heures du soir

PAR

Louis MOULINET

AVOCAT

CAEN

TYPOGRAPHIE-LITHOGRAPHIE E. VALIN

5, rue au Canu, 5

1886

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0027

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A ma Famille

A MES AMIS

JURY D'EXAMEN :

MM. JOUEN, *Professeur*, PRÉSIDENT.
DANJON, *id.*
VILLEY, *id.*
LEBRET, *id.*

INTRODUCTION

L'obligation est un lien de droit qui unit deux personnes. L'une, appelée *débiteur*, est le titulaire passif de l'obligation. L'autre, appelée *créancier*, en est le titulaire actif. C'est au débiteur qu'il incombe de traduire l'obligation en un avantage matériel et réel pour le créancier. Ce devoir qui pèse sur lui, et dont le créancier peut exiger l'accomplissement, constitue le lien de droit qui les unit l'un à l'autre.

Le débiteur ne saurait se délier lui-même et substituer à sa place un nouvel obligé : « Tant vaut le débiteur, tant vaut la dette, » disaient avec raison nos anciens auteurs. Sans doute, son état de solvabilité ou d'insolvabilité n'influe en rien sur l'existence du droit du créancier ; mais son efficacité dépend tout entière de l'une ou l'autre de ces circonstances. Il ne saurait appartenir à un débiteur dont l'engagement n'a été reçu que parcequ'il présentait toutes les garanties désirables de solvabilité, de rendre illusoire le bénéfice de l'obligation en se substituant un individu dont le patrimoine obéré n'en offre aucune.

Le changement de titulaire passif de l'obligation est donc impossible. Mais le changement de titulaire actif ne l'est pas. En effet, le débiteur n'en souffre

nullement. Il est tenu de s'acquitter. Peu lui importe que ce soit entre les mains de Pierre ou entre les mains de Paul.

On a cependant soulevé des objections.

Objection théorique. — L'obligation est un lien entre deux personnes. Si l'une d'elles se dégage et met à sa place un tiers, le lien de la première obligation est rompu. C'est une nouvelle obligation qui va succéder à l'ancienne. Or, le créancier ne peut engager son débiteur dans ce lien nouveau, absolument distinct de l'ancien.

Nous verrons que la logique des jurisconsultes romains s'émut de l'objection et à quels ingénieux procédés ils se crurent obligés de recourir pour permettre le changement de créancier sans violer les principes. Mais le Droit est avant tout une science pratique, et un législateur ne doit point sacrifier certaines opérations juridiques qu'il trouve utiles par cela seul qu'elles blessent une logique trop étroite.

Alors se présentent des *objections pratiques.* — Vous allez, dit-on, aggraver la situation du débiteur, si vous permettez à un créancier facile de se substituer un spéculateur avide et impitoyable. Ce dernier exercera contre l'obligé des poursuites rigoureuses devant lesquelles eût reculé le créancier primitif.

Je réponds: Le nouveau créancier devra respecter les termes légaux, les délais conventionnels accordés par le précédent, et, ces mesures rigoureuses, il ne pourra les exercer qu'à une époque où le débi-

teur doit être en mesure de payer. Qu'on remarque, en outre, que le créancier qui cède son titre est le plus souvent dans un besoin pressant d'argent. Tout porte donc à penser qu'il se fût lui-même montré dur et inflexible, s'il n'eût trouvé cette ressource d'un transport.

Enfin, c'est l'intérêt du créancier lui-même que les adversaires de la cession mettent en avant. Les achats de créances ne se concluent qu'à un prix inférieur à la valeur nominale du titre. Le créancier renonce donc à une partie de son droit, et cela sans équivalent, si la créance est actuellement exigible. Si elle ne l'est pas, c'est, à la vérité, une sorte d'escompte que prélève le cessionnaire; mais, en fait, c'est toujours un escompte supérieur au taux légal, un escompte usuraire.

Il n'est point exact de dire que cet abandon partiel de son droit soit toujours sans équivalent pour le créancier. Le cessionnaire se charge des embarras et surtout de l'incertitude du recouvrement. Il peut très légitimement ne le faire qu'à la condition d'une réduction sur le montant de la créance. Si d'ailleurs cette réduction était exagérée, on pourrait à bon droit la soupçonner de déguiser un contrat usuraire, et par cette raison, annuler la cession.

Du reste, je me hâte d'ajouter que le plus grand nombre de cessions se font au prix de la valeur réelle de la créance. Tels sont en particulier les transferts de rentes sur l'Etat ou d'actions dans les

sociétés de commerce et les cessions d'effets négociables.

Si le transport des créances est sujet à quelques inconvénients, ils sont largement compensés par les immenses avantages que procure cette opération.

Non-seulement elle facilite les placements, mais elle est aussi d'un merveilleux secours pour l'industrie. Les grandes entreprises qui, de nos jours surtout, sont devenues si fréquentes, ont besoin d'avances considérables. Les capitaux afflueraient vers elles en moins grande abondance si les prêteurs étaient contraints d'attendre, pour rentrer dans leurs fonds, l'époque, très lointaine peut-être, fixée pour le remboursement. L'Etat n'emprunte jamais que par émission de rentes. Il se réserve ainsi la faculté de se libérer à l'époque que lui-même choisira. Les rentiers sur l'Etat se montreraient bien plus rares qu'ils ne le sont, si l'impossibilité de négocier les rentes immobilisait indéfiniment le capital prêté.

Aussi, loin d'interdire les cessions de créances et de rentes, s'est-on ingénié à les faciliter. La législation romaine ne connut que la cession normale, la cession du droit civil actuel. Notre ancienne jurisprudence inventa la négociabilité des effets par voie d'endossement. Le titre porte sur lui mention des transports successifs dont il a été l'objet et c'est à celui au profit duquel la dernière cession a été effectuée, le dernier endossataire, qu'est fait le payement. Un dernier progrès fut réalisé par la création du titre au porteur. C'est le porteur actuel du titre

qui peut exiger le payement et l'on ne s'inquiète en rien du point de savoir au profit de qui est née la créance, ou par quelles mains elle est passée.

L'examen des effets négociables et des titres au porteur ne rentre point dans le cadre que je me suis tracé et mon étude portera exclusivement sur ce que j'ai appelé déjà la cession régulière et normale des créances, celle organisée par le Code civil dans les articles 1689 et suivants. Je n'aurai qu'à signaler en passant les différences les plus profondes qui séparent ces diverses institutions.

Le chapitre VIII du titre de la vente au Code civil, où sont contenus les textes auxquels je viens de faire allusion est sous la rubrique suivante : *Du transport des créances et autres droits incorporels.* Pas plus en Droit romain qu'en Droit français, je n'entends donner à ce travail une telle extension ; il n'a pour objet que le transport des créances.

Parmi les créances proprement dites, il en est une classe qui a attiré l'attention de ces deux législations, ce sont les créances *litigieuses.* Elles ont été l'objet d'une réglementation spéciale qui porte le nom de *Retrait de droit litigieux.* L'étude de ce retrait n'est point comprise dans mon sujet.

Le domaine de ce travail circonscrit de la sorte, je le diviserai en deux parties.

La première sera consacrée à l'étude de la Cession de créances en Droit romain.

La seconde, à l'étude de la Cession de créances en Droit français.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA CESSION DE CRÉANCES EN DROIT ROMAIN

La législation romaine ne reconnut point en principe la possibilité de céder les créances. On se laissa toucher de l'objection théorique que j'ai formulée dans mon Introduction : « *Nomina adeo ossibus ho-* « *minum inhærent ut numquam separentur, — non* « *possunt separari a domino sicut nec anima a cor-* « *pore*, » disaient les glossateurs dans un langage énergique [1].

Cette interprétation a été celle des plus grands maîtres, tels que Doneau[2] et Savigny[3].

Mais une théorie nouvelle qui a cherché à se faire jour en Allemagne d'abord, et, depuis quelques années en France, conteste que l'inaliénabilité des créances ait existé à Rome. Ses premiers et principaux

1. *Glossa*, *ad* L. 16, *de peculio*, XV, 1 ; *ad* L. 3, *pro socio*, XVII, 2 ; *ad*. L., 1, C , *per quas personas*, IV, 27.

2. *Comment.* L. XV, chap. 44, n° 15.

3. *System des rœm. Rechts*, t. III, § 105, note f.

défenseurs sont, en Allemagne, M. de Salpius[1], et, en France, M. Gide [2].

MM. Brinz [3], Delbrück [4] et Windscheid [5] s'étaient contentés, sans s'attaquer à la législation positive, de critiquer le principe au point de vue rationnel.

L'obligation, ai-je dit précédemment, est un lien entre le débiteur et le créancier. Le créancier étant changé, le débiteur se trouvera uni à ce nouveau titulaire du droit par un lien nouveau. Le droit de propriété, répondent ces auteurs, n'est lui aussi qu'un rapport, un lien entre une personne et une chose, et la personne du propriétaire ne peut changer sans que ce rapport soit rompu. Cependant nul n'a jamais contesté le droit de disposition de la propriété.

La propriété, je le reconnais, découle d'un rapport juridique entre la chose et le titulaire du droit. Mais autant différent l'objet dénué de volonté avec lequel vous êtes dans un rapport de propriété et la personne libre avec laquelle vous êtes dans un rapport d'obligation, autant différent également la nature et les effets de ces deux rapports. La propriété porte sur une chose indépendamment de la volonté de cette chose. L'obligation, elle, au contraire, qu'elle résulte même d'un délit ou d'un quasi-délit, découle de la volonté plus ou moins lointaine, plus ou moins

1. *Novation und Delegation*, p. 341 et suiv., 1864.
2. *Etudes sur la novation et le transport des créances*, p. 231.
3. *Kritische Blätter*, n° 2, p. 34, 1852.
4. *Die Uebernahme fremder Schulden*, 1853.
5. *Die Singularsuccession in Obligationen. Kritische Ueberschau*, t. I, p. 27, 1853.

réfléchie de l'engagé. Il est au pouvoir d'une personne de ne se lier par une obligation vis-à-vis de qui que ce soit. Il n'est pas au pouvoir d'une chose, fût-elle raisonnable, telle que l'esclave, de ne laisser se former aucun lien entre elle et un propriétaire.

Si la formation d'un rapport juridique de propriété peut ne résulter que de la volonté du propriétaire, on conçoit en raison qu'il en soit de même de son déplacement. Mais, si la formation d'un rapport d'obligation ne peut naître que de la double volonté du créancier et du débiteur, une logique étroite exige qu'il en soit de même de sa translation.

Les principes stricts mènent donc à l'impossibilité de céder les créances, et la question a déjà fait un grand pas. Tout nous porte à croire que les Romains dont l'œuvre législative présentait, au point de vue des principes, quelque chose de si rigoureusement exact, ont consacré celui-ci.

Je vais plus loin. Ils s'y trouvèrent conduits par des raisons d'utilité pratique qui ne se rencontrent plus aujourd'hui. On sait qu'au début de la législation romaine, les mesures d'exécution portèrent sur la personne même du débiteur. Le sort de l'*addictus* ne valait guère mieux que celui de l'esclave. Tite-Live nous représente les maisons des patriciens transformées en prisons et en lieux de torture [1].

Au bout des délais légaux, si ce prisonnier n'était point parvenu à se libérer, il pouvait, au gré de son

1. VI. 36.

créancier, être vendu au-delà du Tibre, ou même être tué [1].

Il est inutile d'insister pour faire voir combien, étant donnés ces pouvoirs exorbitants du créancier, il importait à un débiteur de n'être point exposé à tomber, par l'effet d'une cession, entre les mains d'un prêteur avare et cruel.

Si j'aborde maintenant l'examen de la législation positive telle qu'elle nous est révélée par les textes, ma manière de penser ne fait que se fortifier de plus en plus.

Il est tout d'abord une objection que je tiens à réfuter : Si la nature de la créance, a-t-on dit, s'était opposée à tout déplacement, on n'eût point admis les transmissions à titre universel plus que celles à titre particulier.

Je réponds que les transmissions à titre universel sont régies et devaient l'être par des principes spéciaux. La personnalité de celui auquel vous succédez de la sorte est, pour ainsi dire, absorbée dans la vôtre. L'héritier, qu'il soit testamentaire ou *ab intestat*, contient, confondue avec la sienne, la personnalité de son auteur.

Il en est de même de l'adrogeant relativement à l'adrogé. L'adrogation a pour objet de créer des liens artificiels de paternité et de filiation. De même que la personnalité de l'enfant né du sang ne s'est point

1. Aulu-Gelle, XX, 1; Quintilien, *Inst. orat.*, III, 6; Tertullien, *Apol.*, cap. IV.

détachée de celle de son père avant l'émancipation, de la même façon, celle de l'adrogé vient s'attacher intimement à celle de l'adrogeant et, quand celui-ci recueille les créances du premier, il n'est point vrai de dire, en vertu de la fiction que je viens d'établir, qu'il y ait changement de créancier.

Ce raisonnement n'a plus la même force appliqué au *bonorum emptor* auquel passent cependant les créances comprises dans le patrimoine dont il s'est porté acquéreur (Gaius, IV ; 35). Mais la *bonorum venditio,* institution prétorienne, ne fut introduite qu'à la fin du VI^e^ siècle de Rome et peut-être seulement au milieu du VII^e^, c'est-à-dire à une époque où l'on était arrivé à la transmission indirecte des créances, même à titre particulier.

L'un des deux procédés à l'aide desquels le *bonorum emptor* pouvait exercer ces droits, l'action *rutilienne*, est identique au mode employé à la même époque pour le transfert des créances. C'est la déduction du droit en justice. L'autre procédé consiste à insérer dans la formule de l'action la fiction qu'elle est intentée par un héritier. Elle prend alors le nom d'action *servienne*. De tels expédients nous révèlent suffisamment qu'elle ne fut admise que par dérogation aux principes.

Avant la *bonorum venditio* existait la *bonorum sectio* grâce à laquelle des créances pouvaient être également déplacées. C'est une question sur laquelle les textes font défaut que celle de savoir si le *bonorum sector* peut intenter l'action *directe* compétant à l'an-

cien créancier. En admettant qu'il le puisse, et je ne suis pas éloigné de le croire, il serait impossible de tirer argument de la *bonorum sectio*.

Il résulte de documents certains qu'elle transférait la propriété par le seul consentement [1]. Régie par des règles aussi exceptionnelles sur ce point, nous ne devons pas nous étonner qu'elle déroge à d'autres principes.

Qu'on remarque, en outre, que dans les transmissions à titre universel, quelle que soit leur cause, la personne dont le patrimoine est transféré se trouve dépouillée intégralement, *universellement*, de tous les éléments de ce patrimoine. Il fallait donc, sous peine de voir disparaître les créances, les attribuer à son successeur.

Gaius, après avoir examiné les modes de transmission des choses corporelles, passe aux choses incorporelles et il s'exprime ainsi relativement aux créances :

« Obligationes, quoquo modo contractæ, nihil « eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, « id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus « res corporales ad alium transferuntur, id efficere « possum ; sed opus est ut, jubente me, tu ab eo « stipuleris ; quæ res efficit ut a me liberetur et « incipiat tibi teneri ; quæ dicitur novatio obliga- « tionis. Sine hac vero novatione non poteris tuo no-

1. Varron, *De re rustica*, II, 1° ; L. 3, C., *De fide et jure hastæ*, X. 3.

« mine agere ; sed debes, ex persone mea, quasi co-
« gnitor ant procurator meus experiri. » (II, 38 et 39.)

Je ne vois point, comme l'ont fait certains interprètes, expressément formulé dans ce passage le principe de l'inaliénabilité, et M. Gide fait remarquer, avec raison, qu'il y a véritable contre-sens à traduire ces mots « obligationes nihil eorum recipiunt » par ceux-ci : « les obligations ne sont susceptibles d'aucune espèce de transfert. » Ce que Gaius déclare inapplicable à l'obligation, ce sont les modes de transfert qu'il vient d'énumérer dans les paragraphes précédents.

Mais je trouve ce principe implicitement énoncé dans l'indication même des moyens à l'aide desquels peut se déplacer une créance. Ce sont la novation et le mandat donné par le créancier de le représenter en justice.

Dans la novation, le débiteur promet à un nouveau créancier, sur l'ordre de l'ancien, ce qu'il devait à celui-ci et, par le fait même, il se trouve libéré vis-à-vis de ce dernier. L'opération amène, non pas un transfert de la créance, mais l'extinction de l'obligation primitive et la formation d'une nouvelle. Gaius lui-même dit de la novation : « ..... novatione tollitur
« obligatio..... interventu novæ personæ nova nas-
« citur obligatio et prima tollitur. » (III, 176.)

Le mandat de représenter en justice employé comme second expédient pour déplacer la créance montre, mieux encore que le premier, combien les principes stricts du droit répugnent à tout changement

de titulaire. Ce n'est point en son nom « *non poteris tuo nomine* », mais au nom du cédant que le prétendu cessionnaire doit agir. Le droit repose donc toujours sur la tête du premier. A lui seul il appartient.

L'existence de ces modes de transfert si bizarres, on l'avoue, ne prouve rien. « L'emploi des détours et « des fictions, dit M. Gide, n'a rien que de conforme « aux habitudes de la jurisprudence romaine : cette « jurisprudence, si riche en conceptions juridiques, « était très pauvre en fait de formes et de procédés : « un très petit nombre d'actes (mancipation, *in jure* « *cessio*, stipulation) lui suffisait pour les emplois les « plus divers, et on l'a spirituellement comparée au « père de famille économe qui, tirant tout le parti « possible des quelques ustensiles qu'il possède, les « fait servir à des usages auxquels ils n'étaient pas « naturellement destinés. Sous une législation où, « pour faire un testament, il faut recourir aux formes « d'une vente; où, pour affranchir un esclave et « constituer une servitude, il faut engager un procès « fictif, doit-on s'étonner que la cession des créances « revête aussi des formes empruntées et se dissimule « sous l'apparence d'une action judiciaire ou d'une « novation [1]. »

Cette économie de formules et de procédés est exacte, et M. d'Ihering l'a parfaitement mise en lumière [2].

1. *Novation*, p. 243.
2. *Geist. des röm. Rechts*, IV, §§ 56 et suiv.

Toutefois, si les modes indirects sont aussi nombreux que les modes directs, il est à remarquer qu'à chaque chose aliénable en principe s'adaptait un mode d'aliénation direct. C'est ainsi que, pour les choses corporelles, nous trouvons, à côté des modes indirects, des modes directs révélant que le concept de leur transfert remonte très loin. Ne trouvant rien de semblable pour les choses incorporelles, nous sommes autorisés à conclure que ce concept n'existait point.

M. Gide cherche à établir un parallèle entre les institutions romaines et les institutions françaises en cette matière. Nous verrons que, sous le Code civil, le transport des créances n'est parfait que par l'acceptation du débiteur ou la notification à lui faite. L'acceptation du débiteur correspondrait au transport romain par la novation, qui implique concours de ce débiteur à l'acte. La notification aurait succédé au transport par mandat de représenter en justice, lequel, en voie d'exécution, et arrivé à la hauteur de la *litis contestatio*, initiera le débiteur à l'acte ; mais s'opère sans son assentiment.

A cet ingénieux rapprochement on oppose une constitution de Gordien, qui est la Loi 3, au Code, *de novationibus et delegationibus*, VIII, 42, d'après laquelle deux moyens, autres que la novation et la *litis contestatio*, sont offerts au cessionnaire pour assurer, d'une façon définitive, l'efficacité de son

droit. Ces moyens sont une *denuntiatio* ou l'obtention d'un payement partiel.

Il est clair que si la *litis contestatio* et la novation ne présentaient point des expédients à l'aide desquels la pratique était parvenue à tourner un principe gênant; mais des procédés volontairement choisis comme les plus aptes à réaliser une certaine notoriété nécessaire, ils devaient paraître satisfaisants aux jurisconsultes romains, autrement ils les auraient abandonnés. Or, est-ce que l'effet attaché à la *denuntiatio* et au paiement partiel ne révèle pas, même aux yeux de ces jurisconsultes, quelque chose de défectueux, d'insuffisant dans les modes de transport. Si on ne les abandonna point, c'est qu'on ne le pouvait.

Pour réfuter cette argumentation, le savant professeur explique ainsi la Loi 3 : La *denuntiatio* constitue un perfectionnement apporté non pas à la cession de créances qui fonctionnait très bien, mais à la *litis contestatio* elle-même, dont le mécanisme était gênant à d'autres points de vue. La cession de créances se trouva profiter indirectement, par voie de conséquence, de cette amélioration.

Il est bien vrai qu'une *litis denuntiatio,* sur laquelle je donnerai plus tard des détails, parvint à avancer certains effets importants de la *litis contestatio*; mais pour que le raisonnement fût exact, il faudrait établir que cette *litis denuntiatio* et celle dont parle Gordien, sont un seul et même acte. Or je montrerai, en son lieu, qu'il n'en est rien.

M. Gide rattache le paiement partiel, dont il est

fait mention, à la novation. Nous verrons que la jurisprudence de l'époque classique accomplit un progrès en permettant la novation par simple pacte. Un paiement partiel suppose un accord de volonté entre le cessionnaire et le débiteur, un véritable pacte. C'est à ce pacte, novation simplifiée, que l'Empereur fait allusion.

Je réponds qu'un langage énigmatique comme celui qu'on lui prête, n'est guère vraisemblable. S'il eût songé à un pacte ordinaire, il l'eût dit purement et simplement, et n'eût point indiqué, pour le désigner, une forme déguisée sous laquelle il ne se cache qu'exceptionnellement.

La *denuntiatio* et le paiement partiel sont deux actes témoignant d'une façon certaine de la connaissance que le débiteur a d'un transport auquel il est resté étranger, et je me propose de montrer, plus tard, par quelle suite d'idées les Romains arrivèrent à attacher à cette connaissance l'irrévocabilité immédiate de ce transport. La seule chose que j'y veuille voir pour l'instant, c'est la preuve, qu'aux yeux mêmes des Romains, la *litis contestatio* n'opérait qu'une notoriété insuffisante, tardive. Cette notoriété, quelle qu'elle fût, est un accident du mode compliqué de cession ; mais elle ne peut être considérée comme l'objectif que l'on avait en vue en l'adoptant.

En vain cherche-t-on à se prévaloir de certains textes où la novation et le mandat de représenter en justice sont donnés comme translatifs d'obligations (L. 32, *de rebus creditis*, XII, 1 ; L. 8 § 3, *ad senatus*

c. Vell., XVI, 1 ; L. 18, *de fidej.* XLVI, 1 ; L. 187, *de verb. signif.* L. 16 ; LL. 1, 2, 34 § 2, *de novat.* XLVI, 2 ; LL. 1, 4, 8, C. *ad senatusc. Vell.*, IV, 29).

Les jurisconsultes y expriment, dans un langage concis et inexact au point de vue des principes, ce qui en fait se produit, mais ils ne songent point à assigner à ces actes un caractère en opposition avec leur nature même. Dans plusieurs de ces fragments d'ailleurs l'explication que je donne est nettement formulée. C'est ainsi qu'Ulpien, après nous avoir dit de la novation, dans la loi 1, *de novationibus*, « est « prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel « naturalem *transfusio* atque *translatio* », ajoute : « hoc est quum ex præcedenti causa ita nova consti- « tuatur, ut *prior perimatur*, *Novatio* enim a *novo* « nomen accepit, et a nova obligatione. »

La cession de créances se recommandait par de trop nombreux avantages pour qu'on pût négliger de s'en servir. Alors, avec ce respect que témoignaient les Romains pour tout ce qui était établi, ils trouvèrent moyen, sans heurter de front le principe de l'incessibilité, de lui porter des échecs successifs qui parvinrent en fait à le détruire complètement.

J'étudierai dans deux chapitres distincts la Cession de créances quant à la forme et quant au fond.

Chapitre I^er^. — *Etude de la Cession de créances quant à la forme.*

Chapitre II. — *Etude de la Cession de créances quant au fond.*

CHAPITRE Ier

ÉTUDE DE LA CESSION DE CRÉANCES QUANT A LA FORME

Le principe de l'incessibilité fut quelque temps respecté d'une façon absolue. C'était moins, je m'imagine, par égard pour les principes que parce que le besoin de cette opération juridique ne s'était pas encore fait sentir. La nation romaine, composée presque exclusivement d'agriculteurs, ne se livrait guère au commerce, la source la plus féconde des contrats et des obligations.

Une autre raison de fait qui n'est que le corollaire de celle-là, s'opposait à la naissance et par suite à la translation des créances. A cette époque lointaine, tout devait se traiter au comptant. La présence indispensable du *libripens* dans la *mancipation*, le mode d'aliénation le plus usuel, m'en paraît un indice certain. Le paiement accompagnait toujours l'acte. C'était sur-le-champ qu'il fallait peser le lingot brut, auquel ne s'était pas encore substituée la monnaie frappée.

Le jour où s'accrut le nombre des créances, on s'ingénia pour trouver un mécanisme quelconque qui permît de les déplacer. Je crois utile, pour bien faire

saisir les progrès de la jurisprudence romaine en cette matière, de distinguer trois périodes différentes.

PREMIÈRE PÉRIODE

Un procédé unique est mis à la disposition des parties, c'est la *novation*. Nous savons déjà en quoi elle consiste.

La novation étant le premier procédé à l'aide duquel les créances purent se céder, il est légitime de conclure qu'avant la naissance de la novation, le principe de leur inaliénabilité n'avait subi aucun échec. L'ouverture de cette première période aura donc certainement une date au moins aussi récente que l'invention même de la novation. Quelle est cette date? Il est impossible de la fixer d'une façon précise : les textes font absolument défaut.

Je crois la novation d'une origine relativement récente. Elle a dû être postérieure à la législation décemvirale. Pour le décider ainsi, je m'appuie sur les raisons suivantes :

C'est une règle du vieux Droit romain développée par Ihering, que chaque effet juridique est représenté par un acte particulier. Veut-on créer plusieurs obligations? Il faudra recourir à plusieurs actes. En vertu de cette loi, dite *Loi des actes simples*, la novation devait être proscrite. Elle constitue un acte unique en la forme et double quant à l'effet, puisqu'elle produit tout à la fois extinction d'une obligation première et création d'une obligation nouvelle.

Si le transfert des créances ne remonte pas à une époque antérieure à la novation, je pense que cette institution juridique fut immédiatement mise à son service, que ce fut même le but en vue duquel on l'imagina et on la réglementa.

Non moins ancien, et plus certain peut-être, que la loi des actes simples est le principe qui veut qu'une obligation s'éteigne par un mode correspondant à son mode de formation. Le but de toute obligation est le paiement. Le paiement n'était cependant point suffisant dans tous les cas pour éteindre un engagement. Une anecdote racontée par Tite-Live nous le prouve. On menait un centurion en prison pour dettes. Manlius Capitolinus qui le rencontra voulut obtenir sa liberté. Or le paiement ne suffit pas pour libérer le centurion. Son engagement ayant été contracté *per æs et libram*, il fallait recourir à la même formalité pour l'éteindre, et c'est ce que fit Manlius Capitolinus [1].

Par une application de la même idée, seules des paroles solennelles pouvaient dénouer le lien contractuel noué par des paroles solennelles. L'acceptilation fut longtemps l'unique mode d'extinction de l'engagement par stipulation.

Ce principe, dont je pourrais multiplier les applications tant en matière de testament qu'en matière de contrats, de quasi-contrats, et même de délits ou

1. L. VI, n° 14.

quasi-délits, est nettement posé dans un grand nombre de textes.

Gaïus le formule dans ce langage laconique : « Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure « pereunt. » (L. 100, *de regulis juris*, L. 17.)

« Vere, quibuscumque modis obligamur, iisdem « in contrarium actis liberamur, » nous dit Paul « (L. 153, *eod. tit.*).

« Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque « dissolvere, quo colligatur, » répète Ulpien (L. 35, *eod. tit.*).

Pomponius le proclame lui aussi : « Prout quidque « contractum est, ita et solvi debet : ut cum re con- « traxerimus, re solvi debet. » (L. 80, *de solut. et liber.*, XLVI, 3). Puis, par une contradiction immédiate, il présente le paiement comme mode extinctif de toutes les obligations. C'est une faute de logique dans laquelle ne sont point tombés les autres jurisconsultes que je viens de citer, mais qui n'infirme en rien le principe. Le paiement, comme mode normal, naturel d'extinction des obligations, a déjà envahi tous les contrats, et Pomponius fait la part des idées nouvelles. La seule chose que je tenais à constater dans tous ces textes, c'est l'existence d'une règle primitive d'harmonie entre la formation et la dissolution des engagements.

S'il répugna longtemps aux jurisconsultes romains d'admettre comme libératoire un jugement, comment, je me le demande, eut pu venir à leur esprit d'attribuer cet effet à une institution telle que la novation,

qui ne se recommande point par les raisons de nécessité militant en faveur du paiement?

La novation, en effet, résulte d'une stipulation, et cependant il n'existe point d'obligation qu'elle ne puisse faire disparaître, quelle qu'ait été la forme dans laquelle elle a été contractée. (L. 1 § 1, L. 2, *de novat.*, XLV, 2).

Il est donc à peu près certain que la novation fut établie dans un but autre que celui d'offrir un nouveau mode de libération des engagements. L'objectif que l'on avait en vue devait être leur déplacement. Plutôt que de sacrifier le principe de l'incessibilité, on préféra porter un échec à celui de l'harmonie absolue entre la façon dont naissaient et dont disparaissaient les créances, principe qu'un formalisme pur avait seul introduit et auquel, sans doute, on avait déjà porté un premier échec pour le cas de paiement.

De cette origine, que j'assigne à la novation, je découvre un indice dans la définition même qu'Ulpien nous en donne. Elle est, nous dit-il, « prioris debiti in « aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem « *transfusio* atque *translatio*. » (L. 1, § 1, *de novat.*, XLVI, 2.)

Déjà j'ai eu l'occasion de présenter cette définition et j'ai montré, en citant la suite du texte, qu'on avait tort d'en inférer la possibilité de transférer les droits incorporels. Mais cette définition inexacte, que le jurisconsulte est obligé lui-même de corriger, nous révèle la pensée qui avait inspiré l'acte juridique sur lequel elle porte. Ulpien, dont j'ai cité des textes

reproduisant le principe de l'harmonie absolue entre les modes de formation et ceux d'extinction des créances, voyait bien ce que la novation avait dans sa nature même d'exceptionnel et c'est pour le montrer qu'il laisse en quelque sorte de côté dans sa définition cette nature et ne met en lumière que le but.

Enfin je trouve une trace plus significative encore de cette origine dans une règle qui, de prime abord, ne s'explique guère. La novation par changement d'objet fut interdite en principe jusqu'à Justinien. Cette règle résulte, d'une façon certaine, d'un grand nombre de textes. (Gaius, III, §§ 176-179; L. 1, *princ. de novat.*, XLVI, 2; L. 56, § 7, et L. 91, § 6, *de verb. obligat.*, XLV, 1 ; L. 4, *de novat.*)

L'objet primordial de la novation étant uniquement de transmettre, telle qu'elle existe une créance, il était tout naturel d'interdire un changement quelconque, une diminution ou une augmentation dans l'objet de cette créance. Plus tard, quand elle changea de but, toujours par une conséquence de ce respect que l'on témoignait à Rome pour les principes établis, la règle fut maintenue. Mais, grâce à cette règle, la novation arrivait à être en fait ce qu'elle ne pouvait être en droit, un déplacement de créance.

La cession de créance n'a point, sous cette première période, d'existence propre, indépendante. Empruntant le mécanisme de la novation, elle se soumet à toutes ses règles, accepte toutes ses condi-

tions tant de forme que de fond. La créance a donc, dans la vérité des choses, cessé de vivre, et s'est trouvée remplacée par un droit nouveau. Il en résulte une série de conséquences que je ne fais qu'indiquer, leur examen détaillé entraînant une étude complète de la novation :

1° L'action était-elle de bonne foi, elle deviendra nécessairement de droit strict, la stipulation, forme unique de la novation, n'engendrant que des obligations de cette nature ;

2° Les exceptions, même celles attachées à la créance, ne vaudront, contre le nouveau créancier que si l'engagement nouveau contient des réserves expresses les concernant ;

3° Par contre les privilèges, même inhérents à la créance, et les accessoires, tels que les gages et hypothèques qui peuvent la garantir, ne lui appartiendront que s'ils sont formellement contenus dans la stipulation de novation.

La novation, instrument de transfert, présentait de nombreux inconvénients :

1° Sa forme unique étant la stipulation, et la stipulation ne pouvant avoir lieu qu'entre personnes présentes ; entre absents, la cession de créances devenait impossible. Cet inconvénient n'était pas le plus grave, si l'on remarque, d'une part, que cette présence des parties était nécessaire pour une foule d'autres actes plus usuels, d'autre part, que les Romains avaient la ressource de se faire représenter par un esclave, qui devenait alors une véritable émanation de son maître.

Du reste, vers les derniers temps de la jurisprudence classique, c'est-à-dire longtemps après l'expiration de cette première période, un remède fut apporté à cette situation. Le préteur donna force obligatoire au simple *pacte de constitut*, lequel avait pour but, le plus souvent, d'opérer une novation.

La création du pacte de constitut améliora la situation du cessionnaire par novation et aussi celle du débiteur à un autre point de vue. La créance primitive n'est pas éteinte *ipso jure*,, comme en cas de stipulation. Elle est seulement paralysée par l'exception de pacte ou de dol, c'est-à-dire dans la mesure voulue par les parties ou exigée par l'équité. On ne s'attache plus à la lettre seule de l'acte et les réserves de la part du débiteur relativement aux exceptions, de la même façon que les clauses, de la part du cessionnaire, relativement aux priviléges et autres accessoires, pourront s'induire des circonstances de la cause.

2° La cession ne pouvait intervenir sans la volonté du débiteur, et il fallait se soumettre à toutes les conditions qu'il voulait imposer.

3° Une hypothèque avait-elle été constituée, un cautionnement donné par un tiers, ces garanties se perdaient si l'assentiment du constituant n'intervenait pas à l'acte. Il s'était engagé à garantir une première obligation; sa promesse ne pouvait être étendue à une seconde.

Contre le dernier danger, l'introduction tardive du pacte de constitut devint bien une sauvegarde, puisque la volonté des parties limitait l'extinction de

l'obligation première; mais le second persista toujours. Cette nécessité du concours du débiteur était inhérente à la nature même de la novation. Aussi, tout en conservant ce mode indirect de transfert dont on put user à toute époque du Droit romain, devait-on s'emparer de la première opération juridique, postérieurement créée, à laquelle pût s'adapter la cession de créances et qui ne présentât point les mêmes inconvénients que la novation. La substitution, dans la procédure, des *formules* aux *actions de la loi*, amena le progrès cherché.

DEUXIÈME PÉRIODE

Il est nécessaire, pour exposer nettement le procédé nouveau de transport des créances qui ouvre cette seconde période, de donner quelques notions générales sur la représentation judiciaire à Rome. Sous la procédure des actions de la loi, la représentation en justice était, en régle, impossible. C'est un point qui, malgré quelques dissentiments, est généralement admis. (Gaius, IV, 82; L. 123, *princ.*, *de regulis juris*.

Sous la procédure formulaire le principe subsiste, mais on parvient à le tourner.

Le trait caractéristique de cette procédure, c'est la délivrance, par le préteur, d'une formule ou instruction brève sur l'affaire, donnée aux parties pour être remise au juge. Le moment où elle est délivrée est

important dans l'instance. On en est à la *litis contestatio*. Désormais, aucune modification ne pourra être apportée dans les éléments du procès. Pas plus les parties que le juge ne pourront être changés. Or, voici le procédé ingénieux auquel recourait le préteur pour introduire un représentant judiciaire.

La formule pouvait comprendre quatre parties, dont une au moins, et le plus souvent deux, étaient essentielles : l'*intentio* et la *condemnatio*. Dans la première, le magistrat expose les faits au juge, et, dans la seconde, il l'investit du pouvoir nécessaire pour absoudre ou condamner. Dans l'*intentio*, le préteur ne faisait aucune mention du représentant judiciaire ; mais c'était lui qu'il ordonnait au juge de condamner ou d'absoudre. Le nom du représenté figurait donc dans la première partie de la formule, et celui du représentant dans la seconde : « Si paret numerium « Negidium Publio Mœvio (le représenté) sestertium « decem millia dare oportere ; — judex, Numerium « Negidium Lucio Titio (le représentant) sestertium « decem millia condemna ; si non paret absolve. » (Gaius, IV, 86.)

La mention du représenté dans l'*intentio* se justifie. Aucun rapport de droit n'existant entre le représentant et le défendeur à l'action, il fallait bien indiquer vis-à-vis de qui ce dernier se trouvait lié.

L'insertion du nom du représentant dans la *condemnatio* amenait une conséquence grave, et c'est ici

que réapparaît, dans toute sa force, le principe de la non-représentation judiciaire. La *litis contestatio* a fixé, d'une façon définitive, les éléments du procès. Contre le représentant, ou à son profit, sera rendue la sentence. A lui seul, ou contre lui seul, seront accordées les voies d'exécution. Le représenté est désormais hors de cause.

Le but cherché par les parties n'était pas atteint. Le droit ou l'obligation du véritable intéressé au procès se trouvait déplacé sans son gré, aussi, réagissant contre les principes stricts, le préteur accorda-t-il à son profit ou contre lui, une action *judicati* utile dans l'hypothèse où le mandataire avait été institué par des paroles solennelles. Ce mandataire prenait alors le nom de *cognitor* (*Frag. vat.* § 317).

A côté du *cognitor* existait le simple *procurator*, ou mandataire, investi de ses fonctions sans paroles solennelles. A son égard, la règle de la non représentation subsista. C'était à son compte qu'il avait mené l'instance (*Frag. vat.* § 317).

On remarqua bientôt qu'une situation spéciale n'avait été faite au *cognitor* que parce que le prononcé de paroles solennelles ne laissait aucun doute sur l'existence du mandat. Par une extension qui s'imposait, on fit bénéficier de la même situation favorable le *procurator* si la *procuratio* se trouvait à l'abri de toute discussion et il en était ainsi lorsqu'elle émanait d'une personne présente. Son silence, pendant que l'instance se déroule, prouve suffisamment qu'elle a donné mandat de poursuivre. L'antique

prohibition était désormais bien entamée. Seul le *procurator absentis* se voyait dans l'impossibilité de représenter son mandant. (*Frag. vat.* §§ 331 et 332).

Le *procurator absentis* à la dernière époque du Droit romain, et antérieurement, tout *procurator* n'était autre qu'un cessionnaire du droit déduit en justice. Le procédé s'offrait de lui-même pour opérer le transport. On n'eut garde de le laisser de côté. Le *procurator* au profit duquel on avait voulu transférer le droit prit le nom significatif de *procurator in rem suam*, et le titulaire primitif de ce droit, qu'il fût présent ou absent, perdit irrévocablement l'action. (L. 61, *de procur.* III, 3).

L'emploi de ce mécanisme ne suppose pas nécessairement une créance litigieuse. On en pouvait user sans avoir l'intention de poursuivre jusqu'au jugement une instance à laquelle aucune contradition ne serait apportée.

La *litis contestatio* n'est pas toujours en effet le début d'un procès. On y recourait sans intentions aggressives, dans une foule de circonstances. C'est ainsi qu'elle servait à pratiquer des mesures conservatoires. Le résultat obtenu, on s'arrêtait à cette première phase de l'instance « Hactenus jus dicendum « est ut lis contestetur, resque ablata exhibeatur et « deponatur, aut sisti exhiberive satisdato promit- « tatur. » (L. 16, *de officio præsidis*, I. 18.)

De même, une fois muni par ce procédé de la formule d'action, le *procurator in rem suam*, dont le titre était désormais assuré, n'allait pas au-delà ; il

laissait l'instance sommeiller. Il est impossible, sans cette supposition, d'expliquer la loi 18, *de compensationibus*, XVI, 2.

Papinien donne au *procurator in rem suam* la faculté d'opposer au débiteur contre lequel la formule a été obtenue, une exception de compensation. Celui qui invoque la compensation est nécessairement défendeur, puisqu'elle est un moyen de paralyser une demande. Or, pour que le *procurator* soit défendeur contre le débiteur cédé, il faut supposer qu'il n'a point poussé l'instance au-dela de la *litis contestatio*, autrement les rôles seraient changés et ce serait le débiteur cédé qui, poursuivi, opposerait, pour prévenir une condamnation, la compensation à son propre débiteur, *procurator in rem suam*.

Il peut sembler bizarre que le *procurator* invoque victorieusement comme titre une simple formule dont *l'intentio* est rédigée au nom du cédant, qui constate un droit appartenant à ce dernier.

Je réponds que, l'existence de ce droit n'étant point mise en doute, il est certain, d'après la rédaction de la *condemnatio*, qu'elle ne pourra intervenir qu'au profit du cessionnaire. On arrive donc, en fait, au même résultat que si le droit procédait de ce cessionnaire lui-même. Or, suivant la remarque de Papinien, la compensation doit se régler, non d'après le droit strict, mais d'après l'équité : « *Æquitate compensationis utetur.* »

Etant donnée cette application spéciale de la *litis contestatio*, elle servira au transport de créances dont

le paiement immédiat ne pourrait être réclamé, telles que des créances à terme ou conditionnelles. De texte formel qui l'autorise, je n'en trouve point. Mais cela ne doit pas nous surprendre, si l'on songe que, dès avant Justinien, la *litis contestatio* avait disparu.

La *procuratio in rem suam* pouvait également opérer le transfert des droits réels ; mais l'application en était inutile, des modes spéciaux et directs existant pour ce transfert. On peut donc la considérer, sinon en droit, du moins en fait, comme une institution propre aux créances seules.

Bien que constituant un progrès, elle était encore défectueuse à plus d'un point de vue, et elle appelait des réformes qui se succédèrent à de longs intervalles. Ces inconvénients divers proviennent tous de ce qu'elle ne renferme qu'un mandat jusqu'à la *litis contestatio*.

I. — Toute personne capable, de même qu'elle peut acquérir ou vendre un bien corporel, devrait pouvoir se porter cessionnaire ou cédant d'un bien incorporel, Si tel était la règle, une double catégorie d'exceptions la restreignaient.

A. — Il était défendu à certaines personnes qui pouvaient plaider pour elles-mêmes, de le faire pour autrui. C'étaient :

1° Les aveugles, parce qu'ils ne pouvaient contempler, nous dit le jurisconsulte, les insignes du magistrat (L. 1, § 5, *de postulando*, III, 1) ;

2° Les militaires (L. 7, C., *de procuratoribus*, II, 13);

3° Les femmes, parce que la poursuite d'une instance constitue, au premier chef, un *officium virile*. Ulpien nous raconte que cette prohibition fut édictée à la suite d'un scandale, dont l'auteur, au dire de Valère-Maxime[1], n'était autre que la femme d'un sénateur (L. 1 § 5, *de postulando*, III, 1);

4° Les infâmes, pour cause grave (L. 1, § 6, *de postulando*, III, 1).

Les infâmes, pour cause relativement légère, étaient frappés d'une incapacité moins profonde. Ils ne pouvaient plaider que pour eux-mêmes et pour certaines personnes limitativement déterminées, quelques parents assez proches et le patron (L. 1, § 8 et L. 11, *de postulando*, III, 1).

B. — Aucun infâme, quelle que fût la cause de sa flétrissure, ne put se constituer un représentant judiciaire, jusqu'à Justinien (*Inst.*, § 11, *de exceptionibus*, IV, 13).

Ces défenses se justifiaient plus ou moins appliquées au mandat proprement dit; mais tout fondement leur manquait lorsqu'elles avaient pour résultat d'empêcher la cession d'un droit au profit ou de la part de certaines personnes, aussi les leva-t-on pour cette hypothèse (L. 8, § 2, *de procuratoribus*, III, 3).

1. *Memorabilia*, VIII, chap. 2.

II. — Le *procurator in rem suam* n'étant qu'un mandataire, son mandant pouvait révoquer la *procuratio* donnée. Il pouvait le faire, soit d'une façon expresse, soit d'une façon tacite, en empêchant le mandat de s'exécuter. Une telle impossibilité résultait d'un paiement reçu, d'une *acceptilatio* accordée, ou de tout autre convention tendant à l'extinction de la créance. La validité de ces opérations nous est attestée par la Loi 23, § 1, *de hereditate vel actione vendita*, XVIII, 4. Le cédant est obligé de tenir compte à son cessionnaire de tout ce qu'il a retiré de la créance par voie de compensation ou de paiement. C'est donc qu'en soi le paiement est libératoire pour celui qui l'a fait.

A côté de ce texte je puis invoquer la constitution de Gordien qui forme la loi 3, au code, *de novationibus et delegationibus*, VIII, 42 : « Si delegatio non « est interposita debitoris tui, dit l'empereur, ac « propterea actiones apud te remanserunt, quamvis « creditori tuo adversus eum solutionis causa man- « daveris actiones, tamen, antequam lis contestetur, « vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo « denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quan- « titatem non vetaris, et eo modo tui creditoris « *exactionem* contra eum *inhibere*. » Sauf dans deux cas exceptionnels, jusqu'à la *litis contestatio*, le droit de révocation subsiste.

Les défenseurs [1] de l'irrévocabilité immédiate de

1. Cujas, *responsa pap. ad leg.* 18, *de compensat.*, XVI, 2.

la *procuratio in rem suam* ont cherché à expliquer cette loi en la rattachant au mandat simple. Mais ses termes résistent trop ouvertement à cette interprétation pour qu'on la puisse admettre. Le cédant veut s'acquitter dans l'espèce, vis-à-vis du cessionnaire, son propre créancier, en l'autorisant à poursuivre un débiteur à lui. Il entre bien dans l'intention de parties de faire quelque chose de définitif. Le mandant veut conférer à son mandataire l'émolument de la créance.

On oppose à cette manière de voir deux textes pris au Digeste, au titre *de procuratoribus et defensoribus*, III, 3.

La loi 25, *in fine*, concède un droit propre à celui qui justifie d'une *procuratio in rem suam* : « *Non « debet carere propria lite.* » Puisque c'est un droit à lui appartenant qu'il invoque, nul n'a pu y porter échec.

Plus formelle encore est, dit-on, la loi 55. Elle suppose un conflit du mandant et du mandataire, soit pour mettre l'instance en mouvement, soit pour obtenir un paiement volontaire, et c'est au dernier qu'elle accorde la préférence, parce que, répète le jurisconsulte, le *procurator in rem suam* possède une action à lui propre.

Je remarque d'abord que ces deux textes sont empruntés au même ouvage du même jurisconsulte, au commentaire de l'édit par Ulpien. Ils ne peuvent donc avoir été inspirés l'un et l'autre que par une pensée semblable. Or, il m'est facile de montrer que

la loi 55, loin de condamner, fortifie ma manière de voir. Ulpien s'y montre plus explicite, il prend soin de qualifier ce droit qui compète au *procurator in rem suam*. Il l'emportera, nous dit-il, sur le créancier primitif: « qui enim suo nomine *utiles* actiones habet, « rite eas intendit. » Une action utile lui est conférée. On sait quelle différence était faite à Rome entre l'action directe et l'action utile. L'action utile, octroyée le plus souvent par le préteur, constituait l'un des moyens à l'aide desquels il parvenait à compléter ou même à corriger le Droit civil. Quand une action n'est donnée que utilement, on en peut conclure avec la plus entière certitude qu'à son origine son bénéficiaire ne l'avait point, qu'elle est due à un progrès de jurisprudence.

Un premier correctif à cette révocabilité absolue résultait de la nature même de la *procuratio in rem suam*. Elle est un mandat, c'est-à-dire un contrat de bonne foi dans lequel la volonté des parties doit avant tout être obéie. Comme leur volonté commune tend à opérer un déplacement de la créance, si l'une d'elles manque à la loi du contrat, elle en est responsable vis-à-vis de l'autre. Nous venons de voir l'application de ce principe dans la loi 23, § 1, *de hereditate vel actione vendita*, XVIII, 4. Mais l'insuffisance de l'action récursoire du *procurator* lésé apparaît si le mandant est insolvable.

Le seul moyen de lui assurer une sécurité absolue était d'empêcher l'extinction de la créance contre son gré. C'est ce à quoi l'on arriva progressivement.

A l'époque où je me place, vers la fin du second siècle de l'ère chrétienne, l'antique rigueur du droit est mise en échec sur plus d'un point par les principes nouveaux d'équité. L'action et l'exception de dol étaient créées depuis longtemps. Sous cette inspiration, on imagina de rendre le débiteur qui se libérerait entre les mains du cédant responsable à l'égard du cessionnaire lorsqu'il avait acquis la connaissance de la *procuratio in rem suam*.

L'application du principe nouveau fut d'abord faite probablement en matière de vente d'hérédité. Papinien nous apprend que la transaction conclue entre un débiteur héréditaire de bonne foi et le vendeur de l'hérédité est opposable à l'acheteur, *propter ignorantiam suam (debitoris)*. C'est dire d'une façon formelle que, cette ignorance constitutive de la bonne foi cessant, l'exception de transaction n'est pas opposable. (L. 17, *de transactionibus*, II, 15.)

La décision de Papinien est extraite de ses *Questions*, lesquelles ont été écrites sous le règne de Pertinax, des années 193 à 198. Peut-être cette opinion était-elle admise d'une façon plus générale qu'il ne la présente, et l'appliquait-on déjà aux cessions de créances individuellement prises. Toutefois, je suis porté à croire que l'on commença par les universalités, étant donnée la marche générale de la législation romaine en ces matières.

Si le débiteur a payé, de bonne foi, le droit du *procurator in rem suam* est compromis. Il l'est même le plus souvent, malgré la mauvaise foi. C'est un

principe connu à Rome et reproduit dans nos législations modernes, que la mauvaise foi ne se présume pas. C'est donc à celui qui veut s'en faire une arme à l'établir. Or, la preuve qui lui incombe est difficile. Dans la situation spéciale qui nous occupe, comment le mandataire parviendra-t-il à démontrer une fraude chez le débiteur, un tiers avec lequel peut-être il n'a jamais eu aucun rapport, qu'il ne connaît même pas.

On lui permit alors de le constituer de mauvaise foi, en adressant cette *denuntiatio*, dont nous avons trouvé mention dans le rescript de l'empereur Gordien déjà cité. (L. 3, C., *de novat.*, VIII, 42.)

Ce rescript, daté de l'an 240, est le premier document législatif qui en parle ; mais la façon purement énonciative dans laquelle il est conçu, témoigne qu'il ne fait que constater un état de choses précédemment établi. Une constitution antérieure de l'empereur Alexandre Sévère, qui est de l'année 226, nous fait connaître un autre emploi de la *denuntiatio*. Quand une créance avait été donnée en gage, celui auquel appartenait cette garantie, pouvait en aviser le débiteur, afin que celui-ci ne se dessaisît point des deniers. Malgré sa date plus ancienne, ce ne fut point, je crois, cette constitution qui organisa la signification. Elle me paraît, comme la précédente, se référer à un état de choses existant.

Rattachant la *denuntiatio* à la connaissance que le débiteur peut indirectement avoir acquise du transport, je suis amené à ne la soumettre à aucune con-

dition de forme. Un avertissement, de quelque façon qu'il se produise, suffira.

Je repousse une doctrine de Mühlenbruch [1] et de M. Gide [2] qui tend à confondre cette signification avec la *litis denuntiatio*.

La *litis denuntiatio* est un mode d'introduction d'instance organisé par Marc-Aurèle, au dire d'Aurélius Victor [3], et qui vint s'ajouter à l'*in jus vocatio* et au *vadimonium*, plus anciens que lui. Deux textes seulement en font mention au Digeste: la Loi 7, *de inofficioso testamento*, V, 2, et la Loi 20, §§ 6 et 11, *de hereditatis petitione*, V, 3. Ce silence s'explique si l'on remarque que, sous Justinien, elle n'existe plus; elle est remplacée par la *libelli conventio*.

Elle consiste dans un acte purement privé, adressé par le demandeur au défendeur, et contenant la fixation d'un jour pour comparaître devant le magistrat, ainsi que l'indication de l'objet de la demande. Indépendamment de ce double avantage sur l'*in jus vocatio*, qui n'obligeait point le demandeur à expliquer ses prétentions, et sur le *vadimonium*, qui ne laissait au défendeur un délai quelconque pour étudier l'affaire que moyennant caution, la *litis denuntiatio* constituait un réel progrès à un autre point de vue: elle atteignait valablement le défendeur absent, pourvu que le demandeur sût où il se trouvait.

1. *Cession*, p 76 et suiv.
2. *Novation*, p. 328 et suiv.
3. *De cæs. rom.*, XVI, 9.

Constantin lui fit subir une transformation. Désormais, aux termes d'une constitution de ce prince qui forme la loi 2, au code Théodosien, *de denuntiatione vel editione rescripti*, II, 4, cet acte est élevé au rang d'acte public. Il est constaté par un procès-verbal dressé par un officier public et communiqué, à la prière du demandeur, au défendeur.

L'empereur Gordien, dit-on, viserait cette *litis denuntiatio*, parce qu'elle est identique, quant aux effets, à la *litis contestatio*. Ce seraient les deux manières de se produire d'un seul et même fait.

Déjà j'ai mentionné cette théorie dont j'avais renvoyé à plus tard l'examen. La similitude d'effet qu'elle suppose entre la *litis contestatio* et la *litis denuntiatio*, même transformée par Constantin, ne me paraît point exacte. Aucun texte ne la crée d'une façon formelle.

On tire argument de certains fragments qui attachent à la seconde de ces institutions certaines conséquences de la première. Ainsi :

L'instance suivra son cours malgré la non-comparuon de l'une des parties. (Symmaque, *épist.* X, 52.)

La prescription est interrompue (LL. 3 et 6, C., *de præcript. trig.* VII, 39).

Le défendeur est tenu de conserver la chose litigieuse ainsi que tous les fruits qu'elle produira désormais (L. 20, § 6, *de hered. petit.*, V, 3).

Mais le trait typique de la *litis contestatio*, la déter-

mination définitive de l'objet de la sentence et de la personne pour ou contre laquelle elle sera rendue ne se rencontre pas. Or, c'est à cela seul qu'est attaché l'effet translatif de la *litis contestatio*.

Si la *litis contestatio* et la *litis denuntiatio* sont deux actes différents, quand aux effets, je ne vois plus sur quel principe on peut s'appuyer pour prétendre que la *signification* dont nous parlent les textes se confond avec la *litis denuntiatio*.

Arrivé à cette hauteur de la discussion, ma proposition n'est pas encore complètement démontrée. J'ai avancé que la signification n'était astreinte à aucune règle de forme, qu'un avertissement quelconque suffisait. Il me faut maintenant prouver qu'elle peut émaner de toute personne, même autre que le *procurator in rem suam*. Les arguments à l'aide desquels je l'établirai viendront fortifier encore ma précédente démonstration.

Pour soutenir le contraire, on s'appuie sur la constitution même de Gordien. L'empereur suppose que la *denuntiatio* est adressée par le *procurator* et, ce qui est plus péremptoire, dit-on, c'est la circonstance qu'il n'assimile à cette signification qu'un paiement partiel fait au cessionnaire, c'est-à-dire un acte intervenu nécessairement avec lui.

Il m'est impossible de trouver dans l'énumération de Gordien quelque chose de limitatif. Il s'est contenté d'indiquer les faits les plus fréquents à l'aide desquels la cession serait portée à la connaissance

du débiteur, sans avoir l'intention d'exclure ceux qui proviendraient d'un autre que le *procurator*.

L'exactitude de cette idée résulte de la loi 17, *de transactionibus*, II, 15, étudiée précédemment. Le jurisconsulte n'examine qu'un seul point. Le débiteur était-il ou non dans l'ignorance du transport ? Il ne s'inquiète en aucune façon du point de savoir par suite de quels événements son ignorance a pris fin.

III. — La *denuntiatio* avait encore un autre but. Tant que le droit du *procurator in rem suam* restait confondu avec celui de son mandant, les exceptions qui, sans le fait du débiteur, par conséquent sans son dol, lui étaient acquises contre le créancier, le protégeaient également contre le cessionnaire.

La Loi 18, *princ. de compensationibus,* XVI, 2, n'autorise, en effet, le cessionnaire à invoquer une cause de compensation contre le débiteur qu'après la *litis contestatio*. Une règle de réciprocité gouvernant la compensation, après le même événement, une exception de cette nature peut lui être opposée par le débiteur pour une dette dont, lui cessionnaire, serait personnellement tenu. Avant cette époque, la compensation ne s'établit pas entre eux. Elle s'établit donc toujours entre le débiteur et le créancier primitif.

La signification empêchera un tel résultat et avancera, au moins à ce point de vue, le déplacement effectif de la créance. Du jour où elle intervient, toute

exception ne peut prendre naissance que dans la personne du cessionnaire.

IV. — Non-seulement la *procuratio in rem suam*, qui n'est qu'une forme du mandat, est révocable expressément ou tacitement; cette révocation résulte, de plein droit, de la mort de l'une ou l'autre des parties.

Que ce soit là une régle du mandat, nul ne le conteste (*Inst.*, § 10, *de mandato,* III, 26). Mais on a nié, qu'elle s'étendît à la *procuratio in rem suam*, le but des parties étant précisément d'assurer à l'acte l'irrévocabilité.

La question n'est point de savoir ce qu'ont voulu les parties, mais ce que le mode imparfait de transport leur a permis de faire. Or la cession, empruntant la forme du mandat, devait nécessairement tomber sous l'application des principes propres à ce contrat.

Des textes viennent confirmer cette solution.

C'est d'abord la Loi 1, au Code, *de obligationibus et actionibus*, IV, 10: « Data, certæ pecuniæ quanti-« tate ei cujus meministi, in vicem debiti, actionem « tibi adversus debitorem pro quo solvisti, dicis esse « mandatam: et antequam eo nomine litem contes-« tareris, sine herede creditorem fati munus implesse « proponis: quæ si ita sunt, *utilis* actio tibi com-« petit. »

Valeria, la femme à laquelle s'adresse ce rescript, a payé la dette d'autrui. Le créancier désintéressé lui a cédé ses actions pour assurer l'efficacité de son recours. Chez nous, l'opération constituerait une

subrogation ; mais à Rome, on n'en avait point encore dégagé le caractère véritable, et les textes nous la présentent comme une sorte d'action « quodammodo « nomen debitoris vendidit, » nous dit Paul (L. 36, *de fidej. et mandat.*, XLVI, 1). Le cédant vient à mourir et avant que les poursuites de la cessionnaire soient arrivés à la phase de la *litis contestatio*. Elle n'aura les actions que *utilement*, déclare le prince, c'est-à-dire, grâce à une faveur.

Cujas, qui enseignait l'irrévocabilité absolue de la *procuratio in rem suam*, explique le rescript de Gordien de la façon suivante :

C'est une circonstance spéciale à l'espèce qui fait perdre, au cessionnaire, l'action directe. On suppose le cédant mort sans héritier. Les choses se présentant ainsi, c'est à une règle de procédure qu'il faut attribuer la perte de l'action directe. L'*intentio,* dans laquelle figure le nom du cédant, doit toujours être rédigée au présent. Or, quand un individu décède sans héritier, comme il n'a pas de continuateur de sa personnalité juridique, la rédaction de l'*intentio* devient impossible (L. 74, § 2, *de judic.*, V, 1 ; L. 2, § 1, *quæ sent. sine appel.*, XLIX, 8). On ne peut dire : Titius est créancier, alors que Titius n'existe plus et que nul ne tient sa place. Une subtilité de procédure entraînait donc l'extinction du droit ; mais la jurisprudence vint au secours du cessionnaire en lui octroyant une action utile [1].

1. Cujas, *Observ.*, II, 31 ; Doneau, L. 15. Ch. XXXXI, n° 17 ; Gide, p. 293.

L'ingénieuse explication de Cujas repose sur une idée vraie; mais est-il exact que, dans l'espèce proposée, l'empereur Gordien se soit attaché exclusivement à cette circonstance que le cédant n'avait point laissé d'héritier? La façon incidente dont il en est fait mention permet d'en douter.

Ce rescript, d'ailleurs, n'est pas le seul document législatif que je puisse invoquer. Il faut, porte la loi 23, au code, *de procuratoribus*, II, 13, que l'affaire soit devant le juge, qu'on ait passé la phase de la *litis-contestatio*, pour que, même après le décès du mandant « *post excessum* » le mandataire puisse suivre l'instance.

A cet état de choses défectueux, il existait un remède. Le mandat ne constituait que l'exécution d'une convention de transfert antérieure. Cette convention lui survivait, et les héritiers, responsables de toutes les obligations de leur auteur, étaient contraints, sur l'action de ce contrat formée par le cessionnaire, de lui passer une nouvelle *procuratio in rem suam*.

La nécessité de réitérer le mandat était un vice contre lequel on devait être nécessairement amené à réagir. On se heurtait, du reste, à l'impossible, dans le cas où le cédant, mort sans héritier, ne laissait personne qui fût tenu de ses engagements.

L'empereur Gordien vient de nous initier au progrès que la jurisprudence classique réalisa. On donne au *procurator in rem suam* des actions utiles. La for-

mule fut changée, mais le droit lui-même ne subit aucune transformation.

Etait-ce la mort du cessionnaire qui avait éteint le mandat, ses héritiers, successeurs à tous ses droits, pouvaient le faire renouveler. Ils pouvaient aussi recourir aux actions utiles concédées à leur auteur dans la situation inverse.

La création des actions utiles remonte, au plus tard à Ulpien, comme l'attestent les lois 25 et 55, *de procuratoribus*, III, 3. Ce jurisconsulte a dû assister au mouvement de jurisprudence qui tendait à les introduire et sans doute en fut-il l'un des promoteurs principaux.

Les inconvénients divers que la *procuratio in rem suam* pouvait présenter se trouvent singulièrement atténués ; mais ce serait une erreur de croire que ces améliorations furent appliquées à toutes les cessions de créances. La cession à titre gratuit résista à ces adoucissements du principe. C'est ainsi, pour indiquer les seules applications que donnent les textes, que, jusqu'à la *litis contestatio*, elle demeura révocable au gré du donateur (*Frag. vat.*, § 263), et fut révoquée de plein droit par le prédécès du donataire (L. 33, C., *de donat.*, VIII, 54).

Cela tient à la réglementation spéciale des donations. D'après la loi Cincia, rendue en l'an de Rome 549 ou 550, les donations qui excédaient un certain taux sur la fixation duquel on n'est pas d'accord et qui s'adressaient à d'autres que certaines personnes

limitativement déterminées, n'étaient parfaites que si le donataire, nanti déjà de l'objet de la libéralité, n'avait besoin pour en jouir d'exercer aucune action. La loi permettait en outre au donateur de faire valoir contre lui tous les moyens de droit commun qui seraient restés entre ses mains et qu'en tout autre cas il emploierait inutilement. Or, jusqu'à la *litis contestatio*, la révocation, soit volontaire, soit par la mort du mandataire, de la *procuratio in rem suam* est de droit commun.

Les donations qui n'excédaient point le *modum* de la loi Cincia, et celles faites à des *personæ exceptæ* restèrent soumises aux règles anciennes. Mais la tendance des idées nouvelles était nettement marquée par la loi Cincia, aussi se garda-t-on de faciliter ces libéralités. Elles restèrent, au moins quand elles consistaient en créances, réfractaires à tout progrès.

TROISIÈME PÉRIODE

A côté de la *litis contestatio*, la loi 33, au Code, *de donationibus*, VIII, 54, nous présente la *rescripti editio* comme un moyen de parfaire le transport de créance. La *rescripti editio* est un mode d'introduction d'instance. Elle consiste dans un rescript impérial que le demandeur provoque et qui renvoie les parties devant un magistrat déterminé. Plusieurs textes du Code de Théodose comme de celui de Justinien assimilent, d'une façon générale, l'obtention

d'un rescript à la *litis constestatio* (L. 10, C. Th., *de div. rescr.*, I, 2; L. 1, C., *Quando libell. princ.*, I, 20; L. 1, C., *de offic. præf.*, I, 26). Il était naturel qu'elle pussent également ici se suppléer l'une l'autre.

Je rattache cette innovation à la troisième période, ainsi que cette autre, qui ne fut d'ailleurs qu'une conséquence de la chute du système formulaire : le moment de la *litis contestatio* fut changé. Il fut avancé à celui où l'affaire vient d'être exposée contradictoirement par les parties devant le juge, et avant qu'il ait entendu leurs avocats (L. 14, § 1, C., *de jud.*, III, 3).

Mais ces deux innovations, dont la première n'aura qu'une application tout à fait exceptionnelle et dont la seconde se rattache à un changement de législation bien plus général, ne forment point le trait caractéristique et curieux de la troisième période.

Dès avant la fin de l'époque classique, se dessine un mouvement qui se prolonge jusqu'à Justinien et dont la tendance est de supprimer le mécanisme même de la *procuratio in rem suam*. Le but est de faire produire la cession de créance à l'accord seul des volontés.

Le transfert du droit de propriété sur une chose corporelle ne put, à aucune époque de la législation romaine, s'opérer sans un déplacement de possession (*Inst.*, §§ 40, 41, 45, *de divisione rerum*, II, 1), la convention fut toujours insuffisante pour produire, à elle seule, un tel résultat, et ainsi les choses incor-

porelles dont la cession était à l'origine complètement prohibée, grâce à un progrès lent mais incessant, purent, en fait, se transmettre plus facilement que les choses corporelles sur l'aliénabilité desquelles aucun doute n'avait jamais existé. Il sera intéressant de voir ce que les législations postérieures ont innové sur ce point.

Toutefois le mouvement de législation n'a pas abouti complètement, car nous retrouvons sous Justinien la *procuratio in rêm suam*; mais très nombreux sont les cas dans lesquels on la répute faite. On concède *de plano*, les actions utiles que nous venons de rencontrer dans la précédente période.

Ce sont bien les mêmes actions; mais, trait essentiel de différence, elles deviennent admissibles sans que celui qui les possède ait été au préalable constitué *procurator in rem suam*. A l'époque où nous sommes, la procuration n'est soumise à aucune forme solennelle ; le consentement suffit pour l'établir. Puisque, indépendamment de toute *litis contestatio*, les actions utiles sont accordées au cessionnaire, en fait on en est arrivé à opérer le déplacement de la créance par deux actes de volonté successifs, mais dénués de toute forme l'un et l'autre, la convention de cession et la cession elle-même. Supprimer l'une de ces deux manifestations d'une même volonté devenait un progrès qui s'imposait.

Sous notre troisième période les actions restent qualifiées *utiles* ; et le point est important à noter. Cette dénomination nous révèle que jusqu'à la fin

on respecta, au moins en théorie, le principe de l'incessibilité.

Le développement de cette idée de simplification est curieux à étudier. Trois décisions spéciales le préparèrent.

I.— Le *fidéicommis* est la charge imposée à un successeur après décès, de restituer à un tiers totalité ou partie de l'hérédité qu'il détient. Comme le nom même l'indique, cette obligation n'a de sanction que dans la conscience de celui à qui on l'impose. On s'en remet à sa *fides*.

Sous la République, la *testamenti factio* était parcimonieusement distribuée. Or, celui qui ne l'avait point ne pouvait recevoir par legs ou par institution testamentaire. Le fidéicommis fut inventé pour tourner ces prohibitions gênantes. En fait, l'opinion publique servait de sanction si puissante que tous les fidéicommis s'exécutaient. Aussi l'empereur Auguste ne fit-il que consacrer législativement un état de choses existant quand il rendit obligatoire l'exécution de ces dispositions imparfaites. (*inst. princ., de lege falcidia*, II, 22.)

Entre le fidéicommissaire, bénéficiaire de la libéralité, et celui de qui elle émane, il se rencontre un intermédiaire sur la tête duquel repose temporairement la propriété de toute la succession, c'est le fiduciaire. A l'aide de quel procédé parviendra-t-il à la faire passer sur la tête du fidéicommissaire ?

Pour les choses corporelles, on recourut d'abord

à des traditions. C'est la restitution *re ipsa*. Puis on attacha à la simple déclaration de restitution par l'héritier cet effet translatif. (L. 63, *princ. ad senat, trebell.*, XXXVI, 1.)

Pour les créances, on avait à son service les procédés du droit commun, la novation et la *litis contestatio*. Pour les dettes, aucun moyen de transfert n'était possible. On imagina un mécanisme qui s'appliquait également bien aux créances.

L'héritier vendait l'hérédité, *dicis causa*, au fidéicommissaire, puis on faisait suivre cette vente d'une série de stipulations réciproques. L'héritier stipulait qu'on l'indemniserait de tout ce qu'il aurait à débourser *nomine hereditario*. C'était le mode de transmission des dettes. Le fidéicommissaire, à son tour, stipulait de l'héritier que celui-ci restituerait tout ce qui pourrait lui revenir de l'hérédité, en particulier l'émolument des créances qu'il toucherait. (Gaius, II, § 252.)

Grâce à ces stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, l'antique principe *Semel heres semper heres* était sauvegardé ; mais leurs inconvénients étaient graves. Elles donnaient lieu à une série de recours, soit de la part du fidéicommissaire vis-à-vis de l'héritier, soit de la part de ce dernier vis-à-vis du fidéicommissaire, recours qui devenaient illusoires si l'un d'eux était insolvable.

Pour remédier à cet état de choses, le consul Trebellius Maximus proposa, sous le règne de Néron, en l'an 56 de notre ère, une réforme qui fut votée par

le Sénat. Justinien nous a conservé au Digeste le texte du senatus-consulte Trébellien :

« Cum esset æquissimum, in omnibus fideicom-
« missariis hereditalibus, si qua de his bonis
« judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus
« fructusque transferetur, potius quam cuique peri-
« culosam esse fidem suam : placet ut actiones, quæ
« in heredem heredibusque dari solent, eas neque
« in eos neque his dari, qui fidei suæ commissum,
« sicuti rogati essent, restituissent; sed hi et in eos,
« quibus ex testamento fideicommissum restitutum
« fuisset : quo magis in reliquum confirmentur supre-
« mæ defunctorum voluntates. » (L. 1, § 2, *ad senat. Trebell.*, XXXVI, 1.)

Des actions utiles seront données désormais au fidéicommissaire ou contre lui, et les exceptions *restitutæ hereditatis* paralyseront les actions intentées par le fiduciaire ou contre lui.

Voilà un premier pas vers la transmission des droits incorporels par le seul effet de la volonté. Néanmoins cette innovation me semble avoir, au point de vue qui est le nôtre, une portée moindre qu'on ne l'enseigne généralement.

« Habetur heredis loco », nous dit du fidéicommissaire la loi 44 § 1, *ad senatusc. Trebell.*, XXXVI, 1. — « Effectu quodammodo heres est », répète la loi 5 § 1, *quod cum eo*, XIV, 5. — « Prætor utiles actiones ei... quasi heredi, dare cœpit. » (Gaius, II, 253). — « Hereditatis adquisitionis similis est hæc restitutio » (L. 65, *ad senatusc. Trebell.*, XXXVI, 1).

Le but du Trebellien est de transformer le fidéicommissaire en véritable héritier, c'est-à-dire d'en faire un successeur à titre universel. Or, j'ai montré que les principes de la législation romaine ne s'opposaient qu'à la transmission des créances à titre particulier. Si les actions ne sont données que utilement au fidéicommissaire, ce n'est point à cause du transfert que ce subterfuge réalise, mais à cause de la qualité d'héritier qu'on lui attribue faussement.

Ce même motif me détermine à ne point signaler comme un progrès l'attribution d'actions utiles au *bonorum emptor*. Il s'agit de la vente en masse des biens d'un insolvable, d'une *successio per universitatem*.

II. — Pour réaliser la vente d'une hérédité on recourait aux mêmes procédés que pour la restitution d'un fidéicommis ; tradition pour les choses corporelles ; novation et *litis contestatio* pour les créances ; pour les dettes et aussi pour les créances, stipulations réciproques *emptæ et venditæ hereditatis*. Le perfectionnement apporté par le Trébellien au mode d'exécution du fidéicommis devait faire songer à modifier dans le même sens les modes d'exécution des ventes d'hérédité.

Antonin le Pieux concéda *de plano* des actions héréditaires utiles à l'acheteur de cette universalité. Mais une différence essentielle persista entre ces deux institutions. Avant comme après le rescript d'Antonin le Pieux, l'*emptor hereditatis* ne fut jamais qu'un suc-

cesseur à titre particulier. Ce n'est pas l'hérédité elle-même qu'il acquiert, ce sont les biens héréditaires, et la conséquence est que les dettes de la succession vont rester sur la tête de l'héritier. Il a bien pu se dépouiller des biens que cette succession lui apportait; mais il n'était pas en son pouvoir de se décharger des obligations qu'elle lui imposait, aussi les actions utiles sont-elles données à l'acheteur contre le débiteur héréditaire; mais ne sont-elles pas données aux créanciers héréditaires contre lui.

Je tenais à noter cette circonstance pour montrer que ce nouveau progrès nous touche tout-à-fait. Nous sommes ici bien en face d'une transmission de créance à titre singulier. La seule différence, et ce n'est qu'une différence de fait, entre cette transmission et celles qui se pratiquent plus habituellement, c'est que la première a pour objet plusieurs créances, tandis que les autres n'en ont qu'une. Ce sont, en quelque sorte, plusieurs cessions réunies dans un seul et même acte.

La création des actions utiles nous est révélée par Ulpien dans un texte sur certaines difficutés duquel j'aurai à me prononcer.

« Si cum emptore hereditatis pactum sit factum,
« et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet :
« nam ex quo rescriptum est a divo Pio, utiles actio-
« nes emptori hereditatis dandas, merito adversus
« venditorem hereditatis exceptione doli debitor here

« ditarius uti potest. » (L. 16, *princ.*, *de pactis*, II, « 14.)

De quelle exception de dol s'agit-il ? Deux interprétations ont été proposées et chacune d'elles prête à une objection.

Les uns ont dit : C'est l'exception tirée du pacte que le jurisconsulte désigne ainsi. Le débiteur repousse l'héritier en invoquant une remise de dette que l'acheteur de l'hérédité lui a consentie.

Mais alors, pourquoi faire intervenir le rescript d'Antonin ?

D'autres prétendent qu'Ulpien avait en vue l'exception *venditæ hereditatis*. Le débiteur repousse l'héritier non plus en se prétendant libéré, mais parce que le titre des créances successorales est passé à un tiers.

Cette seconde interprétation a le défaut de rendre inutile la circonstance mentionnée par le jurisconsulte qu'un pacte a été passé avec l'acheteur. Malgré cela, c'est à elle que je me range.

La loi 16 est extraite du livre 4 du commentaire de l'édit par Ulpien. Si on en rapproche les lois 7, 10, 12, 14, 26 et 29 du même titre, on remarque que ces divers fragments, tirés eux aussi du livre 4, passent en revue les cas dans lesquels un simple pacte peut être opposé aux tiers sous la forme d'une exception de dol. La disposition du fragment 16 devait être empruntée au même ordre d'idées. Le jurisconsulte arrivait à l'hypothèse, très fréquente en pratique, où les débiteurs de l'hérédité ont passé un pacte avec

l'acheteur et voici comment M. Gide paraphrase sa décision :

« Le débiteur héréditaire, lui aussi, qui a obtenu « un pacte de l'acheteur d'hérédité pourra opposer « une exception de dol au vendeur. Ce point ne peut « plus faire l'objet d'un doute depuis le rescript « d'Antonin le Pieux ; car, ce rescript ayant donné « à l'acheteur des actions utiles contre les débiteurs « de la succession, il en résulte que, dans tous les « cas, ceux-ci auront une exception de dol contre le « vendeur » [1].

Papinien confirme cette interprétation par la solution que je relève dans une loi déjà citée, la loi 17, *De transactionibus*, II, 15.

Il suppose l'hypothèse inverse, un pacte, dans l'espèce une transaction, intervenu avec le vendeur de l'hérédité, et il ne permet au débiteur de s'en prévaloir contre l'acheteur qu'eu égard à sa bonne foi. En principe le débiteur ne peut donc transiger avec l'héritier. S'il ne peut transiger avec lui, ne doit-on pas en induire qu'il n'est pas tenu de répondre à ses poursuites et qu'il a une exception pour les repousser?

Le jurisconsulte termine en assimilant l'hérédité vendue à l'hérédité restituée à un fidéicommissaire. Or nous savons que les débiteurs ont une exception contre l'héritier dans le second cas ; ils doivent donc en avoir une dans le premier.

La loi 2, § 5, *de hereditate vel actione vendita*,

1. Novation, p. 358.

XVIII, 4, doit être entendue dans le même sens que la loi 17. Quand Ulpien y déclare valable l'acceptilation passée par l'héritier avec le débiteur, il faut supposer que la bonne foi de ce dernier couvre la nullité de l'acte.

Africain, dans la loi 20 au même titre, suppose, après la vente de l'hérédité, la confusion s'établissant entre le patrimoine d'un débiteur successoral et celui de l'héritier. Cette confusion devrait rester sans influence sur le patrimoine successoral, car, depuis la vente, il est distrait de celui de l'héritier. Tel n'est cependant pas le point de vue du jurisconsulte. Il refuse à l'acheteur contre le débiteur l'ancienne action car il la tient pour éteinte par la confusion et ne lui permet d'agir contre ce même débiteur, envisagé uniquement comme vendeur, que par l'action *ex empto*.

Cette décision isolée s'explique quand on remarque que le rescript d'Antonin le Pieux n'avait point un caractère législatif. Il est probable, qu'à l'époque d'Africain, il ne faisait pas encore jurisprudence.

III. — J'ai dit, tout-a-fait incidemment, que les créances étaient à Rome susceptibles d'hypothèque. Le *pignus nominis* existait certainement au commencement du troisième siècle de J.-C., comme l'atteste une constitution de l'empereur Alexandre Sévère de l'an 225 (L. 4, C., *quæ res pign.*, VIII, 17).

Quand l'hypothèque a pour objet une chose corporelle, son titulaire est en droit de revendiquer cette chose contre tout tiers-détenteur par une action utile

et de la vendre à l'échéance. De même, si l'hypothèque porte sur une créance, elle lui permet de poursuivre le débiteur par une action utile et de se désintéresser sur le montant de cette créance.

Entre l'hypothèque d'une créance et celle d'un objet corporel, il existe une différence qui découle de la nature même des choses. L'attribution d'actions en revendication utiles au créancier hypothécaire n'enlève point au propriétaire ces mêmes actions qui, entre ses mains, gardent le caractère d'actions directes. Au contraire, du jour où je vous hypothèque ma créance, je me constitue moi-même dans l'impossibilité d'en poursuivre le recouvrement.

« Si convenerit ut nomen debitoris mei pignori tibi « sit, tuenda est a prætore hæc conventio, ut, et te in « exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si « cum eo experiar, tueatur. » (L. 18, *de pign. act.*, XIII, 7). Il faut bien qu'il en soit ainsi ; autrement, il dépendrait du débiteur de rendre illusoire la garantie qu'il a donnée.

Il en résulte une conséquence très grave. La constitution d'hypothèque désapproprie en fait de la créance son titulaire, pour en approprier le créancier muni de l'hypothèque. Elle entraîne un transfert de cette créance, transfert conditionnel, car vous ne pourrez exercer votre hypothèque que si je manque à mes engagements, mais transfert réel. Or l'hypothèque s'établit par un simple pacte. Voilà donc un cas nouveau dans lequel une créance parviendra à se déplacer par le seul effet du consentement.

L'action utile, mise au service du créancier hypothécaire, n'est autre que l'action *quasi-servienne* appliquée aux créances. C'est une action *in factum*, à la différence de celles accordées au fidéicommissaire universel ou à l'acheteur d'une hérédité, lesquelles sont *fictices*, supposent, chez celui qui en use, la qualité d'héritier. Cette différence, toute de forme, ne touche pas au fond des choses. Dans les trois cas le nouveau créancier agit, non point au nom de l'ancien, mais en son propre nom; on retrouve le germe de la même doctrine, qui fait de la cession de créance un acte purement consensuel.

Toutefois, dans aucune de ces hypothèses, le transfert des créances, par le simple consentement, n'est organisé d'une façon principale et voulue. En matière de fidéicommis ou de vente d'hérédité, les créances tombent sous la régle commune à toutes les valeurs héréditaires. En matière d'hypothèque, la facilité de leur transfert dérive des principes propres à la constitution de ce droit réel. L'idée nouvelle, qui caractérise notre troisième période, est préparée; mais elle n'a pas encore percé.

J'en trouve une manifestation, directe celle-là, dans une décision d'Ulpien. On sait qu'à Rome le mandataire, qu'il fût extrajudiciaire ou judiciaire, agissait en son propre nom. Les actions où les tiers étaient intéressés naissaient pour ou contre lui. Par un progrès de jurisprudence dû à Papinien, on ouvrit, *de plano*, au tiers créancier, des actions utiles contre le mandant lui-même, *ad exemplum institoriæ actionis*. Mais

on s'était arrêté là. Touché d'une juste idée de réciprocité, Ulpien concéda, également *de plano*, au mandant des actions utiles contre les tiers. Il n'attend point qu'elles lui aient été transportées par le mandataire. (L. 13. § 25, *de action. empti et venditi*, XIX, 1).

Nous assistons à la première application d'un principe nouveau, à savoir que la cession de créances est réputée faite toutes les fois qu'elle devient obligatoire. Les Constitutions impériales ont multiplié ces applications.

La décision d'Ulpien relative à une matière spéciale mise de côté, cette importante réforme ne me paraît point remonter au-delà de Dioclétien, à la fin du IIIe siècle. Les Constitutions de cet empereur sont en effet les premières qui font abstraction de toute idée de mandat.

Deux rescripts de Gordien, dont l'un est de l'an 239, et l'autre de l'an 242, prouvent qu'à ces dates le progrès n'était pas encore réalisé (L. 3, C., *de novat.*, VIII, 42 ; L. 1, C., *de oblig. et action.*, IV, 10).

La loi 55, *de procuratoribus*, III, 3, d'Ulpien n'est point, quoi qu'on en ait dit, en contradiction avec ces deux textes. Les premiers mots témoignent, en effet, de la passation d'une *procuratio in rem suam* « Procuratore in rem suam dato..... »

Beaucoup d'auteurs enseignent qu'en l'année 260 l'innovation était accomplie, et on en croit trouver la preuve dans ce rescript de Valérien : « Nominibus in « dotem datis, quamvis nec delegatio præcesserit nec

« litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen merito « actionem, ad similitudinem ejus qui nomen emerit, « dari oportere sæpe rescriptum est. » (L. 2, C., *de oblig. et action*, IV, 10).

L'empereur suppose une dot constituée en créances et il accorde au mari des actions utiles comme à l'acheteur d'une créance. Or je ne connais aucun fragment remontant à cette date qui accorde à l'acheteur les actions utiles indépendamment de toute *procuratio in rem suam*. Les termes mêmes de cette loi ne laissent-ils pas d'ailleurs deviner l'existence d'un mandat de cette nature quand ils mettent en relief la circonstance que la phase de la *litis contestatio* n'est point encore passée ?

Le plus ancien document qui nous soit parvenu sur ce nouveau système est donc la loi 7, au Code, *de hereditate vel actione vendita*, IV, 39, laquelle appartient aux empereurs Dioclétien et Maximien. Il s'agit d'une créance cédée en hypothèque, et ensuite vendue par le créancier hypothécaire. Il a paru conforme aux précédents, dit l'auteur du rescript, de donner à l'acheteur des actions utiles, puisque, par des rescripts antérieurs, on avait accordé ces actions au créancier lui-même. Le motif de détermination est l'attribution au gagiste de ces actions utiles.

Une fois octroyées à l'acheteur, on crut logique de les concéder également au légataire, puis au cessionnaire à titre de *datio in solutum*. C'est ce que firent les mêmes empereurs dans deux rescripts, dont le premier porte la date de 293, et le second celle

de 294 (L. 18, C., *de legatis*, VI, 37; L. 5, C., *quando fiscus*, IV, 15).

A la longue, la jurisprudence en vint à assimiler au cessionnaire acheteur toute espèce de cessionnaire. Seule, la cession à titre de donation se montra rebelle à ce progrès continu et, même sous notre troisième période, en vertu des règles propres qui la régissaient comme donation, elle resta soumise à la double nécessité d'une *procuratio in rem suam* et d'une liaison de l'instance par la *litis contestatio*.

Justinien fit disparaître cette anomalie, et, par une constitution qui remonte à la première année de son règne (528), il ordonna que le cessionnaire à titre de donation fût traité désormais comme le cessionnaire à titre de vente.

La théorie définitivement établie sous ce prince peut se formuler ainsi : « Toutes les fois que nous « avons le droit d'exiger de quelqu'un la cession « d'une action, nous pouvons, sans attendre que la « cession ait eu lieu, agir *utiliter* contre le débiteur, « *quasi ex jure cesso*, et notre action utile aura abso- « lument le même caractère et les mêmes effets que « l'action qui serait intentée à la suite d'un mandat « formellement donné par le créancier. »

Cependant, sous peine de ne pouvoir expliquer certains textes qui reproduisent le droit de Justinien, puisqu'ils sont insérés dans sa compilation, il est nécessaire d'apporter à ce principe une restriction et d'ajouter que le transfert d'action ne s'opère ainsi de lui-même *que si l'ayant-droit à ce transfert ne pouvait*

obtenir la procuratio in rem suam *au moyen d'une exception.*

Modestin suppose, dans la Loi 76, *de solutionibus et liberationibus*, XLVI, 3, les affaires d'un pupille gérées par plusieurs tuteurs. Le pupille s'adresse à l'un d'eux et en obtient à l'amiable ce qui lui est dû. Pour garantir le recours de celui-ci contre les coadministrateurs, la loi oblige le pupille à lui céder ses actions contre ces derniers. Voilà donc une hypothèse de cession d'actions obligatoires en vertu de la loi. Malgré cela, le jurisconsulte les refuse au tuteur parcequ'il pouvait, sur la demande qu'on lui adressait, les réclamer par voie d'exception.

La même considération explique comment le fidéjusseur qui a désintéressé le créancier ne peut, à défaut de cession, exercer les actions de celui-ci contre les cofidéjusseurs. Il pouvait en effet opposer l'exception de dol pour obtenir cette cession (L. 11, C., *de fidejuss. et mandat.*, VIII, 41).

Quelques textes ne cadrent pas avec la règle que j'ai posée. Telle est la loi 1, § 13, *de tutelæ et rationibus distrahendis*, XXVII, 3. Il s'agit là encore de plusieurs tuteurs. Mais le pupille, au lieu de demander à l'amiable ce qui lui est dû, comme le supposait la loi 76, poursuit judiciairement l'un d'eux. Celui-ci se laisse condamner sans requérir la cession d'actions et désintéresse le pupille. Des rescripts d'Antonin le pieux et de Septime-Sévère lui octroient, malgré son silence, les actions contre les cotuteurs. Ce sont des décisions exceptionnelles

que la situation toute favorable d'un tuteur obligé de gérer légitime suffisamment.

La cession tacite devenue normale ne saurait avoir plus d'effet que la cession expresse ; elle laisse donc subsister l'utilité et la nécessité de la signification. Mais, et c'est un point sur lequel je ne saurais trop insister, cette signification n'intervient que pour parer aux inconvénients auxquels la bonne foi du débiteur exposerait le cessionnaire. Sans elle et avant elle, la créance, droit incorporel, est transférée à l'égard de tous.

CHAPITRE II

ÉTUDE DE LA CESSION DE CRÉANCES QUANT AU FOND

Je diviserai ce chapitre en deux sections :

SECTION I^re^. — *Conditions de la cession de créances.*

SECTION II. — *Effets de la cession de créances.*

SECTION I^re^

Conditions de la cession de créances.

Pour qu'une cession de créances soit possible, deux conditions sont indispensables, l'une relative aux sujets de l'opération, l'autre à son objet. Il faut que les parties contractantes soient capables de procéder à une cession de créance. Il faut que la créance en question soit susceptible d'un transfert.

§ 1^er^. — *Capacité des parties.*

§ 2. — *Quelles créances peuvent être cédées ?*

§ 1^er^

CAPACITÉ DES PARTIES

Peut seul figurer dans une cession celui qui peut

contracter. Une première classe d'incapables se compose donc des individus auxquels, d'une façon générale toute espèce de contrat est prohibé. De ceux-là, je ne m'occupe pas.

Mais parmi les capables de contracter, il en est quelques-uns auxquels la cession de créances est spécialement interdite. Ils peuvent être répartis en deux groupes.

Le premier groupe comprend ceux auxquels la forme seule de la cession est inaccessible. Nous savons à qui la *procuratio in rem suam* était fermée, aussi je m'abstiens de revenir sur ce genre d'incapacité qui, d'ailleurs ne tarda pas à disparaître.

Dans le second groupe, le seul sur lequel nous ayons à nous arrêter, rentrent les incapacités qui reposent sur des raisons de fond. J'en trouve deux, basées l'une et l'autre sur un motif d'ordre public et constituant des incapacités de se rendre cessionnaire.

I. — Sous la République, une loi Licinia avait défendu les aliénations qui tendaient à rendre la position d'un adversaire plus onéreuse. (L. 12, *de alienat. jud. mut. causa fact.*, IV, 7.)

La même défense fut renouvelée plus tard pour les cessions faites au fisc. (Pauli *sent.* § 7, *De jure fisci*, V, 12 ; L. 22, § 2, *De jure fisc.*, XLIX, 14 ; L. 2, C., *Ne fisci vel priv.*, II, 18)

Toujours sous cette inspiration, les empereurs Dioclétien et Maximien, et, après eux, leurs succes-

seurs Arcadius, Honorius et Théodose étendirent la prohibition à tout *potentior*. (LL. 1 et 2, C., *Ne liceat potent.*, II, 14.)

Doit être réputé tel quiconque, par sa puissance, sa fortune, sa considération ou sa position civile est en état d'exercer une influence fâcheuse sur la libre défense du débiteur cédé. C'est au juge qu'il appartient d'apprécier souverainement ces faits.

Certains commentateurs, argumentant des premiers mots du titre que composent les deux lois citées : « *Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare* », prétendent qu'elles n'interdisaient qu'une chose au *potentior*, prêter son appui à des plaideurs.

Cette interprétation restreinte est condamnée par la rubrique même que l'on invoque. Après avoir édicté cette première prohibition, elle ajoute : « *Vel actiones in se transferre.* » Les mots « *actiones delatæ* » reproduits dans le texte viendraient encore fortifier, s'il était besoin, le sens qu'elle présente.

D'autres auteurs enseignent que ces constitutions ne visent que les cessions simulées et qu'elles laissent valables celles qui sont sincères. On s'appuie sur la place qu'occupe notre titre, entre le titre de *procuratoribus* et le titre de *his qui potentiorum nomine titulos prædiis affigunt, vel eorum nomina in litem prætendunt*, lesquels supposent la simple intervention d'un tiers.

On invoque en outre les motifs sur lesquels Arcadius, Honorius et Théodose font reposer la disposi

tion prohibitive de la loi 2 : « Aperta enim creden-
« tium videtur esse voracitas, qui alios actionum sua-
« rum redimunt exactores. » Ce que les empereurs condamnent, c'est l'avidité de ces créanciers qui font poursuivre leurs débiteurs par des citoyens influents.

Je ne pense point que ces considérations soient suffisantes pour atténuer le sens que présente la formule générale des textes eux-mêmes et de leur suscription. Rien, d'ailleurs, n'eût été plus facile que de donner comme sérieuse une cession qui n'était au fond qu'apparente et fictive.

La sanction est énergique. Elle consiste dans la déchéance de son droit pour le cédant. Mais qui va profiter de cette déchéance ? Sera-ce le débiteur, pour lequel cette perte entraînerait libération ? Sera-ce le fisc, au profit duquel il en résulterait une appropriation de la créance ?

Ce sera le débiteur. Telle est la solution qui s'impose. Dans le silence de la loi, une confiscation ne peut être prononcée. Mais, si le débiteur est libéré au point de vue civil, une obligation naturelle persiste vis-à-vis de lui avec tous les effets qu'elle est susceptible de produire (L. 19, *princ.*, *de condict. indeb.*, XII, 6).

Le cessionnaire pourra-t-il réclamer du cédant le prix qu'il a déjà versé entre ses mains? Cette question doit se décider d'après les principes qui régissent la *condictio ob turpem vel injustam causam*. On examinera si le cessionnaire a pris part ou non au dol du cédant. Dans le premier cas, la *condictio* lui

est refusée; dans le second elle lui est accordé (L. 1, § 2, LL 3, 5, 8, *de condict. ob turp. vel injust. caus.*, *XII*, 5).

II. — Justinien défendit aux tuteurs et curateurs de se porter cessionnaires de créances contre leurs pupilles (*Novelle*, LXXII, ch. 5).

Le motif sur lequel reposait cette prohibition, la crainte que le tuteur ne fit disparaître des titres de libération acquis au pupille, porta l'empereur à l'étendre même aux cessions postérieures à la tutelle lorsqu'il s'agissait de créances ayant existé pendant cette tutelle. Il craignait que l'opération n'eût été différée par calcul.

Peut-être, poussée à cette limite, la prohibition devient-elle excessive? Mais plus excessive encore est la sanction qui la protège. La cession est nulle et le pupille se trouve libéré « pro non facto id esse volu- « mus, et lucrum fieri adolescentis. » Une obligation naturelle ne subsiste même pas. Les termes absolus de la *Novelle* s'y opposent.

§ 2

QUELLES CRÉANCES PEUVENT ÊTRE CÉDÉES ?

Toute créance peut être transférée. C'est une règle

que Paul formule en matière de transmission à titre universel et qui doit être étendue aux transmissions à titre particulier. « Inter nomina nulla enim « separatio est. » (L. 40, *princ. ad senatusc. Trebell.*, XXXVI, 1).

Sont donc cessibles : les créances civiles, prétoriennes ou simplement naturelles. (L. 40, *princ. ad senatusc. Trebell.*, XXXVI, 1) ; les créances pures et simples et celles qui sont affectées d'un terme ou d'une condition ; les créances futures « Spem futuræ « actionis posse transferri non immerito placuit. » (L. 3, C., *de donationibus*, VIII, 54). Les romains étaient allés loin en cette voie et l'on permettait de céder même les droits éventuels à une succession non ouverte, pourvu que celui de la succession duquel il s'agissait y consentît et persévérât dans cette volonté jusqu'à sa mort. (L. 30, C., *de pactis*, II, 3). L'article 1130 du Code civil a répudié cette théorie.

La circonstance qu'une créance est alternative n'apporte aucun obstacle à sa cession. Le point ne peut faire doute dans l'hypothèse normale, quand le choix appartient au débiteur. Mais on a contesté qu'il en pût être ainsi quand il dépendait de la volonté du créancier, parceque, dit-on, le droit d'option est personnel à celui auquel il a été accordé.

Le principe qui sert de base à cette distinction ne repose sur aucune idée rationnelle, et il est formellement contredit par la loi 75, § 3, *de legatis* 1°, XXX. « Si quis ita stipulatus Stichum aut decem, utrum « ego velim, legaverit quod ei debebatur : tenebitur

« heres ejus ut præstet legatario actionem, electionem
« habituro utrum Stichum an decem persequi malit. »

Si le créancier peut substituer à son héritier, seul continuateur de sa personnalité juridique, un simple légataire pour l'exercice de l'option, rien ne s'oppose à ce qu'il se substitue à lui-même un cessionnaire. Le débiteur ne peut s'en plaindre. Le choix restant libre tel qu'il l'était auparavant, l'obligation ne reçoit aucune aggravation.

On nous objecte la loi 76, *principium*, *de verborum obligationibus*, XLV, 1 : « Si stipulatus fuerim illud « aut illud quod ego voluero, *hæc electio personalis est*: « et ideo servo vel filio talis electio cohœret, » et la « loi 141, *principium*, au même titre : « Si servus aut « filiusfamilias ita stipulatus sit, Illam rem aut « illam, utrum ego velim, non pater dominusve, « sed filius servusve destinare de alterutro debet. »

Ces textes bien compris, ne sont point en opposition avec ma manière de voir. Dans toute convention il faut distinguer le droit et le fait. Le père de famille acquiert le droit par l'intermédiaire du fils ou de l'esclave. Le fait consiste, dans l'ensemble des circonstances et modalités à l'accomplissement desquelles les parties ont subordonné la naissance ou l'exercice du droit. Leur volonté est absolument maîtresse en cette matière, et quand une stipulation alternative est passée par un esclave ou un fils en puissance, la loi, interprétant cette volonté, déclare qu'elle avait en vue l'option de la personne physique intervenue au contrat. C'est la même idée qu'exprime

Paul, dans une formule plus générale, quand il dit : « Quæ facti sunt, non transeunt ad dominum. » (L. 44, *princ.*, *de condit. et demonst.*, XXXV, 1).

Il n'importe pas, pour la transmissibilité d'une créance qu'elle soit née d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit (L. 7 § 1, *commodati vel contra*, XIII, 5; L. 14, *princ.*, *de furtis*, XLVII, 2).

On a tenté cependant d'introduire ici quelques distinctions.

Une théorie a voulu frapper d'incessibilité les actions qui dérivent des contrats synallagmatiques. Ses défenseurs se sont laissés égarer par cette idée, exacte en elle-même, que dans un contrat bilatéral une partie ne saurait, en cédant ses droits, se soustraire à ses obligations. Si la cession a pour effet de transmettre à un tiers les droits du cédant, elle ne le substitue pas dans ses obligations.

Une autre théorie, bien plus suivie que la précédente, s'est attaquée à toute une série d'actions qui, au dire des jurisconsultes, respirent la vengeance. Ainsi se trouveraient soustraites à la règle de la cessibilité, l'action d'injures, la *querela inofficiosi testamenti*, l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude.

« Le droit romain, dit M. Molitor, considérait ces « actions comme protégeant des droits qui sont re- « gardés comme devant être classés au-dessus des

« droits qui composent le patrimoine, à savoir : « l'honneur, la piété, la gratitude) » [1].

Un texte d'Ulpien semble, au premier abord confirmer cette solution, en ce qui concerne au moins l'action d'injures : « *Injuriarum actio in bonis nostris « non computatur antequam litem constestemur.* » (L. 28, *de inj. et fam. libell.*, XLVII, 10).

Ce fragment doit être rapproché de la loi 13, *principium*, au même titre, empruntée au même jurisconsulte : « *Injuriarum actio neque heredi neque in « heredem datur.* » C'est la transmission par voie successorale que vise seule la prohibition et, limitée de la sorte, elle se justifie très bien. L'exercice de ces actions doit dépendre essentiellement de la volonté de la victime. Elle doit être libre d'oublier l'injure, dont elle a été l'objet et, si elle meurt sans avoir agi, un pardon se présumera. Or cette présomption serait contredite par les faits mêmes si on voulait l'étendre au cas ou l'action est mise en mouvement par un cessionnaire. La cession suppose la volonté formelle chez celui de qui elle émane de voir le droit exercé. Elle est par elle seule exclusive de toute idée de pardon.

Sans doute il s'agit d'un intérêt plus élevé que l'intérêt d'argent ; mais la loi, impuissante à venger l'outrage fait à l'honneur, n'offre qu'une réparation pécuniaire. L'objet de l'action est donc, de sa nature, essentiellement propre à toute opération juridique.

1. *Oblig.*, n° 1194.

Si la transmissibilité des créances forme la règle, cette règle n'est pas sans supporter quelques exceptions. Les glossateurs avaient voulu les rattacher toutes à un principe qu'ils avaient ainsi formulé : « Quæ non sunt transmissibilia ad heredes, per ces- « sionem non transeunt. » La transmissibilité par voie successorale serait le criterium auquel on devrait s'en référer pour savoir s'il y a lieu à transmissibilité par voie conventionnelle.

J'ai déjà laissé voir que cette formule ne serait point la mienne quand j'ai autorisé la cession de l'action d'injures dont la transmission par voie héréditaire est défendue. Nulle part, en effet, on ne la trouve formulée. Les solutions présentées par quelques textes la condamnent même. C'est ainsi qu'aux termes de la loi 2, au Code, *de litigiosis*, VIII, 37, les droits litigieux ne peuvent être l'objet d'une cession. Or, cette circonstance n'empêche point qu'ils ne passent aux héritiers. A l'inverse, l'usufruit qui s'éteint avec son titulaire peut être aliéné au profit d'un tiers.

A défaut de criterium, il nous faudra recourir à une énumération simple des diverses créances incessibles.

I. — Les actions *populaires* offrent ce caractère. Une action est populaire quand elle touche à l'intérêt général : « Eam popularem actionem dicimus, quæ « suum jus populi tuetur. » (L. 1. *de pop. act.* XLVII, 23.) Tout citoyen étant défenseur né de l'ordre pu-

blic est en droit de l'exercer. On peut citer à titre d'exemple les actions *de sepulcro violato*, *de albo corrupto*, *de periculose positis et suspensis*, *de effusis et dejectis*.

Par cela même qu'elles appartiennent à tous, elles ne sont dans le patrimoine de personne : « Qui habet « has actiones non intelligitur esse locupletior. » (L. 7, § 1, *de pop. act.*, XLVII, 23.) Personne n'en peut faire commerce. A quoi servirait d'ailleurs une telle cession ? Celui au profit duquel elle est faite est nécessairement capable d'agir en justice. Or, à ce titre seul, il possède l'action populaire et peut l'exercer de son chef. Aussi les jurisconsultes nous disent-ils que l'on ne peut se faire représenter pour intenter de telles poursuites : « Is qui eam movet procura- « torem dare non potest. » (L. 5, *eod. tit.*)

Ma solution ne changerait pas, alors même que, plusieurs personnes se présentant en même temps, le préteur aurait fait choix de l'une d'elles (L. 2, *eod. tit.*) Ce choix n'entraîne aucune attribution d'un droit. Ce n'est qu'à partir de la *litis contestatio* que l'action devient partie intégrante du patrimoine pour celui qui l'a formée. Or, nous verrons que la *litis contestatio* constitue précisément un nouvel obstacle à toute cession.

Mais parmi ces diverses personnes qui se sont présentées devant le préteur, l'une peut avoir un intérêt particulier à la répression. J'ai rangé l'action de *effusis et dejectis* parmi les actions populaires. Elle n'est telle qu'entre les mains de toute autre que la

victime de l'accident (L. 5, § 5, *de his qui effus. vel dejec.*, *IX*, 3). Celle-ci peut donc la céder.

Sans qu'une action perde pour cela son caractère populaire, il est possible qu'à côté de la lésion à l'intérêt général, un intérêt privé ait éprouvé un préjudice spécial. Celui que ce préjudice aura frappé sera préféré à tous autres pour l'exercice de l'action: « In popularibus actionibus, is, cujus interest, « prœfertur » (L 3 § 1, *de popul. action.*, XLVII, 23). Pourquoi ne pourrait-il d'avance en transférer l'émolument? Paul nous apprend qu'il était permis dans de telles circonstances d'élire un *procurator*: « Licet in « popularibus actionibus procurator dari non possit, « tamen dictum est merito eum, qui de via publica « agit et privato damno in prohibitione adficitur, « quasi privatæ actionis dare posse procuratorem. « Multo magis dabit ad sepulcri violati actionem is « ad quem ea res pertinet.» (L. 42, *princ.*, *de procurat.*, III, 3). Le texte ne distinguant point entre une *procuratio ad litem* et une *procuratio in rem suam*, j'en conclus que l'on pourrait constituer son mandataire avec dispense de rendre compte, c'est-à-dire lui céder son action par l'unique procédé auquel on pût alors recourir.

II. — Sont encore incessibles, les droits que je qualifie de purement personnels. Tels sont:

Les droits de tutelle, sauf une exception pour la tutelle légitime des femmes (Gaius, I, 168).

Les *operæ officiales* dûs par l'affranchi à son patron.

Les charges qui pèsent sur un affranchi sont rangées en deux classes : les *operæ fabriles* et les *operæ officiales*.

Les *operæ fabriles* sont des services dont l'utilité se comprend, quelle que soit la personne qui les rend ou celle qui les reçoit. Ils ont donc pour tout le monde une valeur appréciable en argent et leur nature n'offre aucun obstacle à une cession.

Les *operæ officiales* ne valent, au contraire, que s'ils sont rendus par telle personne à telle autre personne déterminée; aussi tout transfert, tant au point de vue actif que passif, en doit-il être prohibé. « Officiales quidem futuræ nec cuiquam alii deberi « possunt quam patrono, cum proprietas earum et « in edentis persona, et in ejus cui eduntur, consis- « tit. » (L. 9, § 1, *de operis libert.* XXXVIII, 1).

On a cherché à faire rentrer parmi les créances purement personnelles celles qui sont dues pour cause d'aliments. L'erreur d'une telle théorie n'est pas douteuse si la créance procède d'une convention; mais la question mérite un examen plus sérieux si c'est de la loi ou d'une disposition testamentaire qu'elle découle. On peut soutenir, en effet, qu'ayant pour but de préserver le bénéficiaire d'une détresse absolue, la pension d'aliments n'est due qu'en considération de la personne et cesse de l'être dès qu'un étranger la réclame.

Ces raisons sont graves ; toutefois, je ne les trouve point suffisantes pour justifier une exception qu'aucun texte ne formule.

La loi 8, *principium*, *de transactionibus*, II, 15, est pourtant invoquée. Elle défend de transiger sur une pension alimentaire sans l'autorisation du préteur: « Ne aliter alimentorum transactio rata esset quam « si, auctore prætore, facta. » On conclut de l'impossibilité de transiger à celle de céder.

Je réponds d'abord que, si l'on voulait établir une parité entre ces deux actes juridiques, il faudrait permettre le second avec l'autorisation du préteur, seule condition à l'accomplissement de laquelle la validité du premier est subordonnée. Mais je me hâte d'ajouter que la cession est tout à fait hors de cause. La disposition de la loi 8 est due à l'initiative de Marc-Aurèle. L'empereur fit remarquer au Sénat le peu de liberté de celui qui transige sur un tel droit: aux prises avec le besoin, il souscrit à tout ce qu'exige l'héritier. Le fait seul de cette proposition de Marc-Aurèle nous révèle qu'avant lui nulle entrave n'était apportée au pouvoir de transiger. La créance était donc dans le commerce. Le prince n'ayant dénoncé que l'abus des transactions, c'est une loi spéciale, exceptionnelle, qu'il a fait voter. De cette loi spéciale il n'est pas permis de conclure à l'exclusion complète du commerce des pensions alimentaires.

Toutefois il est essentiel de noter que ces pensions, quand le chiffre n'en a pas été fixé par le testament, sont proportionnées aux besoins du bénéficiaire.

Celui-ci n'a pu en modifier le chiffre en se substituant un tiers, et ce sera toujours sa personne qui sera seule considérée pour leur détermination.

III. — Certains droits, tels que le cautionnement et l'hypothèque sont dits accessoires. C'est qu'en effet n'ayant point par eux-mêmes un objet propre, ils n'existent que pour la sauvegarde d'un autre droit distinct d'eux. Etant donné ce caractère dépendant du droit accessoire, il peut être transmis avec le droit principal auquel il s'attache ; mais une cession qui le viserait seul ne pourrait avoir d'autre résultat que de l'éteindre.

IV. — La dernière classe de droits incessibles se compose de ceux qui sont déduits en justice. En principe, cette circonstance n'empêche pas qu'ils ne puissent être cédés ; mais la procédure romaine offrait un frein énergique à leur transfert. L'un des effets de la *litis contestatio* est de fixer tous les éléments du procès, tant réels que personnels. (L. 76, *de judiciis*, V, 1). Pour que l'une des parties puisse être changée, il faudra obtenir une *mutatio partis* dans la formule, et le préteur ne l'accordera qu'après examen. (LL. 17 à 27, *de procurat.*, III, 3).

La procédure formulaire ayant disparu, nous ne devrions rencontrer au Bas-Empire aucune entrave à la cession des droits déduits en justice. Tel n'est cependant pas le dernier état de la législation romaine et nous trouvons, sous Justinien, la prohi-

bition de céder toute action réelle ou personnelle, objet d'un litige. L'origine de cette prohibition remonte assez loin.

La loi des Douze-Tables défendait de consacrer aux dieux une chose litigieuse, parceque, nous dit Gaius, cette consécration eût rendu plus difficile la position du défendeur. (L. 3, *de litig.*, XLIV, 6).

La même considération inspira un édit de l'empereur Auguste qui prohibait la vente de l'action en revendication et probablement de toute action réelle déduite en justice. On craignait que le défendeur ne fût mis, par calcul, en face d'un adversaire plus puissant ou plus habile. (*Frag. de jure fisci*, § 8; Gaius. IV, 117). L'édit ne s'appliquait textuellement qu'aux fonds italiques; mais la jurisprudence l'étendit d'abord aux fonds provinciaux, puis aux choses mobilières. (L. 1, § 2, *quæ res pign.*, *vel hypoth.*, XX, 3; L. 27, § 1, *ad senatusc. vell.* XVI, 1).

L'aliénation était-elle interdite aussi rigoureusement au défendeur qu'au demandeur? Une courte lacune dans le § 8, qui relate l'édit d'Auguste ne permet point de trancher la question d'une façon certaine. Je ne crois cependant pas qu'une distinction entre ces deux personnes soit suffisamment marquée dans les autres textes cités pour que nous puissions l'admettre. Sous Justinien, il est absolument certain qu'elle n'existe plus et, à supposer qu'elle ait jamais existé, on fit bien de la supprimer. Le demandeur est, en effet, intéressé à ce que la chose litigieuse ne sorte pas des mains du défendeur,

la condamnation ne consistant plus exclusivement, comme sous le système formulaire, en une somme d'argent, mais portant sur la chose elle-même.

Il me semble également certain, bien qu'on l'ait contesté, qu'au moins au Bas-Empire la défense vise et les cessions de droits réels et celles de droits personnels. Les lois 2 [1] et 4 au Code, *de litigiosis*, VIII, 37, mentionnent, en effet, avec grand soin les cessions d'actions à côté des cessions des *res* elles-mêmes. Un doute restât-il, sous prétexte que ces constitutions désignent peut-être, par ce terme générique d'actions, les actions réelles seules, il me paraît levé par leur rapprochement avec la loi 3 insérée entre elles deux. Cette constitution des empereurs Gratien, Théodose et Valentinien dérive du même ordre d'idées, elle défend le legs d'un objet litigieux et elle précise, soit qu'il s'agisse d'un objet corporel, *res litigiosa*, soit qu'il s'agisse d'un objet incorporel, *ambiguum chirographum*. Enfin, les motifs de prohibition sont les mêmes, que l'action soit personnelle ou réelle. Il ne faut pas qu'un adversaire plus redoutable soit substitué à l'adversaire naturel.

Justinien édicta des pénalités rigoureuses. Si le cessionnaire était de mauvaise foi, il n'acquérait point la créance et perdait son prix ; le cédant, de son côté, devait verser une somme égale à ce prix. Les deux amendes profitaient au fisc. Le cession-

1. La loi 2 de Constantin a été légèrement modifiée dans sa forme par Justinien. Voyez la loi 1, au Code Théodosien, IV, 5.

naire était-il de bonne foi, il pouvait retenir son prix, s'il ne l'avait pas encore payé, ou alors, le répéter contre son vendeur. En outre, il pouvait demander à ce dernier, à titre de dommages-intérêts, une somme égale au tiers de ce prix. Il est à croire que le fisc percevait les deux autres tiers, car, le vendeur étant plus coupable que dans le premier cas, puisqu'il a trompé un acheteur de bonne foi, il devait être puni au moins aussi sévèrement. (L. 4, C., *de litigiosis*, VIII, 37.)

Le principe d'incessibilité des créances litigieuses ne comporta aucune exception jusqu'à Justinien ; mais ce prince leva la prohibition dans quatre situations éminemment favorables :

1° Lorsque la cession était faite à titre de dot ou de donation *ante nuptias*.

2° Lorsqu'elle était imposée par un legs ou un fidéicommis.

3° Lorsqu'elle était la condition d'une transaction.

4° Lorsqu'elle avait pour but d'arriver à un partage entre cohéritiers. (L. 5, C., *de litigiosis*, VIII, 37, *Novelle*, 112, ch. 1.)

IV. — Si jamais l'incessibilité d'une créance non encore déduite en justice mais à l'occasion de laquelle un procès est sur le point de naître ne fut prononcée, une constitution d'Anastase qui forme au Code la loi 22, *mandati vel contra*, IV, 35, en entrava gravement le transfert.

Le débiteur cédé se libère en remboursant au cessionnaire le prix du tranport. C'est le *retrait de droit litigieux*. En fait il empêchait les cessions, l'acquéreur étant sûr de ne retirer aucun gain de l'opération et courant le risque de s'adresser à un débiteur insolvable.

Justinien reproduisit la disposition d'Anastase en en y apportant quelqes modifications *L.* 23, *eod*, *tit.*)

J'ai laissé le retrait de droit litigieux en dehors de mon sujet, aussi ces deux célèbres Constitutions ne m'arrêteront-elles pas. Un seul point est à examiner. Les lois *Per diversas et Ab. Anastasio* ne visent-elles que la cession de droit litigieux ? Ne s'appliquent-elles pas, comme l'enseigne une théorie très accréditée en Allemagne, à toute cession de créance, de telle sorte que la formule : « *Retrait de droit litigieux* » deviendrait inexacte ?

Je ne crois point que le champ d'application de ces constitutions soit aussi vaste. Leur texte et les motifs qui les ont inspirées y résistent.

Leur texte. — Il n'est question dans ces deux documents que de litiges. Les termes *lites et litigati* y reviennent à chaque instant. Il n'est pas admissible qu'un législateur veuille formuler une règle générale applicable à toute créance indistinctement, alors qu'il n'en mentionne que quelques-unes présentant un caractère spécial.

Les motifs du texte. — Les acheteurs de procès ont été considérés de tout temps comme des spéculateurs âpres au gain, ne reculant devant aucun procédé

honnête ou malhonnête pour faire réussir des prétentions qu'ils ont achetées à vil prix. L'intérêt des particuliers et l'intérêt social lui-même exige qu'on s'efforce de les écarter. Mais les mesures rigoureuses par lesquelles on sévit contre eux deviendront nuisibles si on les dirige contre le cessionnaire d'une créance non litigieuse. Je me suis efforcé d'exposer, dans mon introduction, l'utilité de la cession de créances. Nous avons vu par quels ingénieux procédés la jurisprudence romaine parvint à tourner un principe gênant qui l'empêchait. Cette évolution lente, mais si féconde en heureux résultats, serait devenue stérile à l'époque de son complet développement par suite des idées étroites d'un empereur du Bas-Empire! Cela est inadmissible. Telle que je la comprends. l'innovation d'Anastase est déjà assez sévère pour qu'on ne l'exagère point.

SECTION II

Effets de la Cession de Créances.

Les explications que j'ai données sur la forme de la cession de créances nous ont révélé qu'à Rome on rencontrait dans toute cession deux choses absolument distinctes, la convention, le testament ou la disposition légale qui obligeait un créancier à opérer la cession et l'acte de cession lui-même. Les Constitutions des empereurs ont supprimé dans un très

grand nombre de cas cette seconde phase de l'opération ; mais en principe elle existe toujours. On ne la déclare pas inutile, on la suppose effectuée alors qu'elle ne l'a pas été.

Quand je me demande quels sont les effets de la cession, ce ne sont point les effets de l'acte juridique contenant obligation de cession que je me propose d'étudier, ce sont les effets de la cession réalisée ou réputée réalisée. La convention de cession, suivant qu'elle constitue une vente ou une donation est régie par les règles de ces conventions et par les clauses spéciales que la volonté des parties a pu y adjoindre. C'est également au testament qu'il faut s'en référer quand l'obligation de cession résulte d'un legs et aux termes de la disposition légale qui l'impose quand elle dérive de la loi.

Cette distinction faite, si je considère les effets de la cession réalisée, je trouve qu'ils sont au nombre de deux, et la conséquence l'un de l'autre : La cession a désapproprié du droit le cédant. Elle en a approprié le cessionnaire. De là deux paragraphes auxquels je donne cette rubrique :

§ 1^er^. — *Le Cédant est désapproprié de la créance.*

§ 2. — *Le Cessionnaire en est approprié.*

Puis, dans un paragraphe final, nous verrons les conséquences de ce fait que la cession n'a point procuré au cessionnaire tout ce sur quoi il comptait. Je l'intitule :

§ 3. — *Garantie due par le Cédant au Cessionnaire.*

§ 1er

LE CÉDANT EST DÉSAPPROPRIÉ DE LA CRÉANCE

Il en découle des effets nombreux :

I. — Mis dans l'impossibilité de jouir de cette créance, le cédant n'en pourra percevoir les intérêts si un pacte de cette nature en avait accompagné la constitution.

II. — S'il n'en peut jouir, à plus forte raison ne peut-il en disposer en l'éteignant. Les causes d'extinction provenant de lui seront donc inopposables au cessionnaire. Mais ne perdons pas de vue la faveur très grande qui s'attache à la bonne foi. Si le débiteur s'est vidé les mains entre celles du créancier primitif ignorant le transfert du droit, le paiement sera libératoire. De même sera opposable au cessionnaire toute convention tendant à supprimer la créance ou simplement à en restreindre le montant (L. 17, *de transact.*, II, 15). Nous savons le moyen que la pratique romaine mettait à la disposition du cessionnaire pour parer à ce danger. Il pouvait constituer le débiteur de mauvaise foi en lui notifiant l'opération intervenue.

Simplement utile dans ces hypothèses, la *denuntiatio* à défaut de *litis contestatio* accomplie, devenait une mesure préventive nécessaire contre les causes d'extinction qui pouvaient surgir au profit du débiteur sans son fait, telles qu'une compensation.

Je ne fais que rappeler ces divers points de droit. Ils ont été précédemment établis.

III. — C'est un principe évident que personne ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'a. Dépouillé de sa créance par une première cession, le créancier veut la céder à un second cessionnaire. Il fait quelque chose de nul. Toutefois, il me semble, quoique nous n'ayons pas de texte, que la bonne foi du débiteur doit être prise encore ici en considération. Bien que, par la cession seule, la propriété de la créance soit passée au premier cessionnaire, le paiement fait entre les mains du second sera libératoire, si le débiteur ignorait l'existence du précédent transport. Tout aussi bien au regard d'un second et subséquents cessionnaires qu'au regard du cédant lui-même, la *denuntiatio* sera donc en fait de la plus grande utilité. Mais jamais elle ne deviendra nécessaire. Jamais une cause d'extinction née dans la personne du second cessionnaire, sans le fait du débiteur, ne pourra devenir pour ce dernier un moyen de défense contre les poursuites du cessionnaire antérieur.

§ 2

LE CESSIONNAIRE EST APPROPRIÉ DE LA CRÉANCE

La créance est désormais sienne. Toutefois lui parvient-elle absolument semblable à ce qu'elle était entre les mains du créancier primitif?

I. — Quels sont les avantages compétant au cessionnaire ?

II. — Quelles exceptions peuvent lui être opposées ?

Telles sont les deux questions qui se présentent à résoudre.

I

Avantages compétant au cessionnaire

Le cessionnaire doit exercer la créance comme l'eût exercée le cédant : « ..... neque minus juris « emptor habeat quam apud heredem futurum esset.» (L. 2, *princ.*, *de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4).

Il pourra donc exiger du débiteur la totalité de la créance vendue, en principal et intérêts (L. 34, *princ.*, *de legatis* 3°, XXXII).

Il pourra requérir et, dans le dernier état du droit, tenir pour sous-entendue la cession des gages et hypothèques, celle des actions qui compétent contre les *intercessores* et même, si le débiteur est une personne *alieni juris*, celle des actions *adjectitiæ qualitatis* (LL. 6, 14 *princ.*, 23 *princ.*, *de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4).

A côté des garanties et avantages conventionnels, la loi, par une faveur spéciale, peut avoir attaché à une créance certains bénéfices. Ces priviléges, en prenant cette expression dans son sens le plus large, appartiendront-ils au cessionnaire ?

Les priviléges se rattachent à deux causes. Les uns dérivent de la nature même de la créance, les autres de la qualité du créancier : « Privilegia quædam causæ « sunt, quædam personæ. » (L. 196, *de reg. jur.*, L., 17).

I. — Au rang des privilèges qui dérivent de la nature de la créance doit être mis le droit de préférence accordé :

1° Au prêteur de deniers pour la reconstruction d'une maison, la construction, l'achat ou l'équipement d'un navire (L. 24 § 1, L. 26, *de rebus auct. jud.*, XLII, 5).

2° Au dépositaire d'argent chez un banquier ou un changeur (L. 7 § 2, *depositi*, XVI, 3 ; L. 24 § 2, *de rebus auct. jud.*, XLII, 5).

3° A celui qui avance les frais funéraires que doit supporter le patrimoine vendu (L. 17, *princ.*, *de rebus auct. jud.*, XLII, 5).

Il est certain que le cessionnaire pourra exercer tous les priviléges de cette première classe. Ils tiennent à la créance même, abstraction faite de son titulaire (L. 68, *de reg. jur.*, L. 17).

II. — Les priviléges personnels se subdivisent à leur tour en priviléges tendant à garantir ou grossir la créance et priviléges de procédure.

A. — Parmi les premiers rentrent au premier chef :

1° Le droit de préférence concédé au pupille, au mineur de vingt-cinq ans, au fou et au prodigue sur sur les biens de leur tuteur ou curateur pour le compte que ces derniers leur doivent (L. 7 §§ 5 et 6, C., *de cur. fur.*, V, 70) ; à la femme sur les biens de son mari pour la reprise de sa dot (L. 12, *princ.*, C., *qui pot.*, VIII, 18) ; aux cités (L. 34 § 1, *de rebus auct. jud.*, XLII, 5) ; au fisc (L. 10 § 2, *de pact.* II, 14).

2° Le cours des intérêts de plein droit au profit des créances du fisc (L. 17 § 5, L. 43, *de usuris.* XXII. 1).

3° La faculté, toujours pour le fisc, de repousser une exception de compensation quand sa créance a pour cause un impôt (L. 46 § 5, *de jure fisci,* XLIX, 14).

B. — Les priviléges de procédure sont moins nombreux. Ont ce caractère.

1° Le *privilegium fori*, ou droit de citer un adversaire devant telle juridiction spéciale (L. 5, C., *ubi causæ fisc.* III, 26).

2° Le *privilegium de non appellando* ou droit d'obtenir un jugement sans appel.

Sur les priviléges personnels de l'une ou de l'autre de ces deux classes se pose la double question de savoir si les privilèges personnels du cédant passeront au cessionnaire, et s'il pourra se prévaloir de ses propres priviléges personnels.

Quelques commentateurs se sont attachés, pour résoudre cette difficulté double, à la nature de l'action qu'intente le cessionnaire. Est-ce l'action directe? Exerçant l'action même du cédant, le cessionnaire

bénéficie de tous les avantages qu'elle peut contenir. N'est-ce au contraire que l'action utile ? Exerçant une action à lui propre, il renonce à tous les priviléges qui ne peuvent affecter qu'une action du cédant ; mais en même temps il lui communique ceux qui lui sont personnels.

Une telle distinction est inexacte. L'introduction des actions utiles n'a eu qu'un but : éviter les inconvénients de la *procuratio in rem suam*. Le caractère du droit du cessionnaire n'en a subi aucun changement : « Nec refert directo quis, an utili actione agat, « vel conveniatur. » (L. 47, § 1, *de negot, gest.*, III, 5.)

Cette solution repoussée, il devient nécessaire d'examiner séparément les deux points de la question.

Premier Point. — Les priviléges personnels du cédant appartiennent-ils au cessionnaire ?

Je ne le crois pas. C'est d'abord la raison qui exige qu'il en soit ainsi. Ces bénéfices sont accordés en considération de la personne du créancier. Or, cette personne est changée. Au créancier primitif s'est substitué le cessionnaire.

La loi 196, *de regulis juris*, L , 17, qui sépare les *privilegia causæ* des *privilegia personæ*, attribue les premiers aux héritiers du créancier et leur refuse les seconds. Je sais bien qu'il est téméraire, en règle générale, de conclure de l'intransmissibilité par voie de succession à l'incessibilité. Toutefois, si l'on re-

marque que la décision de la loi 196 n'a pu être inspirée que par la considération que les priviléges personnels sont inhérents à leur titulaire, on est amené à reconnaître également l'impossibilité de leur transfert par convention.

Des textes formels justifient d'ailleurs cette induction. Paul établit de la façon la plus claire la distinction que je propose entre les priviléges dérivant de la nature de la créance et les priviléges personnels : « In « omnibus causis id observatur : ut, ubi personæ « conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente ea, « beneficium quoque deficiat ; ubi vero genus actio- « nis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio ejus « devenerit, non deficiat ratio auxilii. » (L. 68, *de reg. juris*, L., 17.)

Papinien applique ces principes. Un tuteur, contre lequel le pupille a fait prononcer un jugement de condamnation, a obtenu de celui-ci la cession de ses actions contre les cotuteurs. Le jurisconsulte lui refuse le privilége qui, entre les mains du pupille, garantissait ces actions : « Non enim causæ, nous « dit-il, sed personæ succurritur, quæ meruit præci- « puum favorem » (L. 42, *de admin. et peric. tut.*, XXVI, 7).

On nous produit cependant deux décisions en sens contraire.

Le même Paul dont je viens de citer un fragment si précis se serait mis en contradiction avec lui-même. Voici, en effet, la décision que l'on relève dans la loi 24, *principium*, *de minoribus*, IV, 4 : Un

mineur a géré les affaires d'un tiers sans mandat, et sa gestion a été préjudiciable. Le tiers lésé peut forcer le mineur à lui céder son privilège de se faire restituer en entier: « compellendus est ei cedere « auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem « eum in rem suam faciat. » La *restitutio in integrum* est, au premier chef, une de ces faveurs exclusivement créées pour certaines personnes.

Je réponds que deux solutions opposées de la part d'un même jurisconsulte ne sont pas probables. Celle de la loi 24 est spéciale. Elle se justifie par la situation essentiellement favorable dans laquelle se trouve le tiers et surtout par la nature de l'*in integrum restitutio* qui, formant un droit propre, indépendant, se sépare des priviléges proprement dits et autres bénéfices, accessoires d'une créance.

Le second texte dont on se prévaut est une décision de Modestin: « Herennius Modestinus respondit, « ejus temporis quod cessit, postquam fiscus debi- « tum percepit, eum, qui mandatis a fisco actionibus « experitur, usuras quæ in stipulatum deductæ non « sunt petere posse. » (L. 43, *de usuris*, XXII, 1). Le cessionnaire va donc jouir d'un bénéfice personnel au fisc, son cédant. Les intérêts continueront à courir de plein droit.

On a tenté bien des explications de ce texte. Il en est une que je ne saurais admettre: Le jurisconsulte n'attribuerait au cessionnaire que les intérêts actuellement échus; mais, du jour du transfert, la créance cesserait d'en produire.

Cette explication a le tort d'enlever toute signification utile à la décision qu'elle veut éclairer. Il va de soi, en effet, que le cessionnaire ait droit à tout l'émolument de la créance. Ces intérêts échus et non payés sont venus la grossir; il les réclame au même titre que le capital. D'autre part, tout, dans la lettre de la loi, proteste contre une interprétation aussi restreinte.

Le meilleur procédé consiste, je crois, à apporter au texte une modification qui changera complètement la solution de Modestin. Cette modification est autorisée. Si nous lisons en effet le texte correspondant des Basiliques (XXIII, 3, 43) et la scolie qui l'accompagne, nous y voyons que le débiteur du fisc ne doit les intérêts non stipulés que jusqu'au jour de la cession. Les compilateurs du Digeste ont oublié une négation dans le texte de Modestin, et ils font dire au jurisconsulte le contraire de ce qu'il voulait exprimer.

Deuxième point. — Le cessionnaire peut-il invoquer ses priviléges personnels?

Ici la distinction entre les priviléges qui garantissent ou augmentent l'obligation, tels que le cours des intérêts de plein droit, et les simples priviléges de procédure, doit être faite.

Les premiers seraient invoqués en vain par le cessionnaire. Ils aggraveraient la situation du débiteur et la cession, à laquelle il est resté étranger, ne peut lui causer préjudice.

En vain, dit-on que si le cédant avait réussi à se placer dans une position privilégiée, le cédé aurait du en subir les conséquences. Un changement de cette nature dans la situation de son créancier est un évènement dont le débiteur pouvait, à l'avance, calculer les éventualités. Un transfert devait au contraire rester en dehors de toutes ses prévisions.

Les lois 17 § 6, de *usuris*, XXII, 1 et 6, de *jure fisci,* XLIX, 14, permettent bien au fisc d'invoquer, contre le débiteur cédé, le cours des intérêts de plein droit; mais ces textes, surtout le second, paraissent se rapporter exclusivement à une acquisition à titre universel. Dût on les étendre même aux acquisitions à titre singulier, il serait impossible d'en tirer argument au profit de tout cessionnaire. Nous serions en face de l'une de ces faveurs dont les princes se montrèrent si prodigues à l'égard du fisc.

Puisque les priviléges personnels au cédant sont perdus pour le cessionnaire, une juste réciprocité demandait qu'il pût au moins exercer ceux qui lui sont propres. Si je viens de lui refuser ce droit quand il s'agit de bénéfices augmentant l'obligation, c'est par une raison d'équité. Il ne fallait pas que la situation du débiteur pût être modifiée à son détriment. Or, elle ne l'est pas par l'exercice des priviléges de procédure, lesquels n'affectent point l'obligation. Aussi, à la différence des premiers, suis-je amené à les accorder au cessionnaire quand il les puise dans une qualité personnelle.

II

Exceptions opposables au cessionnaire

Le principe dont je viens de donner une application, à savoir que la situation du débiteur n'est point aggravée par suite du transport doit être perdu de vue sur les questions relatives aux exceptions moins que partout ailleurs.

Les exceptions sont les moyens de défense à l'aide desquels le débiteur repousse les prétentions exercées contre lui : toutes peuvent être ramenées à quatre classes. Elles proviendront :

A. — *de la Créance elle-même ;*
B. — *de la personne du Débiteur ;*
C. — *de la personne du Cédant ;*
D. — *de la personne du Cessionnaire.*

A. — EXCEPTIONS PROVENANT DE LA CRÉANCE ELLE-MÊME

C'est dans l'obligation, abstraction faite des titulaires actif et passif qu'elles puisent leur source. Aucune difficulté ne peut naître sur le point de savoir si elles se transmettent contre le cessionnaire. L'affirmative s'impose, car la cession n'a pas altéré l'obligation ; le changement ne porte que sur la personne qui doit bénéficier de son émolument. Il

faut donc reconnaître au débiteur le droit d'opposer les exceptions *non numeratæ pecuniæ*, *indebiti*, et et toutes les autres qui présentent le même caractère.

B. — EXCEPTIONS PROVEVANT DE LA PERSONNE DU DÉBITEUR

Elles dérivent de la situation personnelle de celui-ci. Comme des précédentes, le cédé peut s'en faire une arme contre le cessionnaire. Il en est une cependant à l'occasion de laquelle des doutes se sont élevés, le *bénéfice de compétence.*

On nommait ainsi la faveur particulière dont jouissaient certaines personnes de n'être condamnées que jusqu'à concurrence de ce qu'elles possédaient, *quatenus facultates eorum patiuntur*. Elle appartenait aux ascendants poursuivis par leurs descendants ; au patron et à la patronne, à leurs enfants et à leurs ascendants poursuivis par un affranchi (LL. 16 et 17, *de re judic.*, XLII, 1); aux époux entre eux et au père de la femme pour les obligations dotales (L. XV, § 2; L. 16, L. 17, § 1; L. 18, *soluto matrim.*, XXIV, 3; LL. 20 et 22 *princ., de re judic.*, XLII, 1); au donateur poursuivi par son donataire (L. 33, *de jure dot.*, XXII, 3; L. 12, *de donat.*, XXXIX, 5); à celui qui, émancipé, exhérédé ou s'étant abstenu de l'hérédité paternelle, est poursuivi pour des obligations contractées soit spontanément, soit par ordre de son père, alors qu'il était encore *in potestate* (L. 2

princ,, *quod cum eo qui in aliam potest.*, XIV, 5); au débiteur qui a fait abandon de biens à ses créanciers (L. 4 *princ. de bon. cess.*, XLII, 3); aux militaires (L. 6 *princ.*; L. 18, *de re judic.*, XLII, 1).

Pour dépouiller le cédé vis-à-vis du cessionnaire du bénéfice de compétence, on invoque un motif de raison et un motif de texte.

Il est fondé le plus souvent, dit-on, sur un rapport particulier entre le créancier et le débiteur, rapport qui n'existe point entre le cédé et le cessionnaire. De plus, n'affectant en rien le droit lui-même, ne touchant qu'à son exécution, il ne saurait naître avant que ce droit soit mis en mouvement. La cession n'enlève donc au débiteur qu'un bénéfice qu'il avait le simple espoir d'acquérir.

Ces considérations ne sont que spécieuses. La faveur de la loi deviendrait illusoire s'il suffisait à un créancier de faire une cession pour priver son débiteur du bénéfice de compétence. Qu'importe que ce bénéfice ne touche qu'à l'exécution du droit? Il n'en donne pas moins naissance à une exception qui n'est point purement formelle mais qui diminue le droit de créance, aussi doit-elle être invoquée avec la même force contre le cessionnaire que contre le cédant. La morale ne souffre pas plus de voir un fils procéder lui-même au dépouillement complet de son père, que de lui voir confier ce soin à un étranger. Il résulte de la loi 27, *soluto matrimonio*, XXIV, 3, que les héritiers du créancier sont soumis, comme leur auteur, au bénéfice de compétence; à plus forte raison en

doit-il être de même d'un cessionnaire réduit par son titre à faire valoir le droit du créancier.

J'ai annoncé contre mon opinion un motif de texte. Il est tiré de la loi 41, *de re judicata*, XLII, 1, Mais la solution que donne Paul dans ce fragment ne l'infirme en rien. Il s'agit d'une délégation et il se comprend que le délégué ne puisse opposer au délégataire un bénéfice de compétence dont il jouissait contre le déléguant. La délégation qui n'a pu intervenir qu'avec son assentiment, a supprimé l'ancienne obligation pour en créer une nouvelle. Ce fut précisément à cause de son caractère de novation en opposition avec la nature du transfert que la pratique lui substitua la *procuratio in rem suam*. Ce nouveau procédé laisse subsister le droit et n'y apporte aucune modification.

C. — EXCEPTIONS PROVENANT DE LA PERSONNE DU CÉDANT

Un fait du cédant leur a donné naissance. Ainsi que les exceptions des deux première classes, elles peuvent servir à repousser le cessionnaire. En particulier toute cause de libération émanée du cédant est opposable au cessionnaire. Mais, en étudiant le mécanisme de la cession, nous avons constaté qu'à partir de la *litis contestatio* et même de la simple connaissance du transport acquise par le débiteur ces causes d'extinction devenaient inefficaces. Ce n'est donc que pour les exceptions de cette nature re-

montant à une époque antérieure que la question se pouvait poser. La réponse que j'y ai donnée n'est point contestée d'une façon générale. Toutefois on essaie d'y soustraire.

a. — *L'exception née d'un pacte* de non petendo in personam.

b. — *L'exception née du dol du cédant.*

c. — *L'exception de compensation.*

a. — Exception née d'un pacte de non petendo in personam

Le cédant a promis au débiteur de ne point réclamer de lui l'exécution d'un engagement commun à plusieurs.

Rendre ce pacte inopposable au cessionnaire, c'est permettre au créancier qui l'a souscrit de retirer sa parole en pratiquant un transfert. La loi romaine n'a pu autoriser un pareil manquement à la bonne foi.

Contre cette opinion on met en avant deux textes.

C'est d'abord la loi 28 § 2, *de pactis*, II. 14. Gaius enlève à l'esclave et au fils de famille chargés de l'administration d'un pécule, la faculté de restreindre par un pacte *de non petendo* l'action du *paterfamilias*.

L'assimilation que l'on veut établir entre le père de famille et le cessionnaire manque de fondement. Le père de famille est propriétaire du pécule, l'esclave ou le fils en ont seulement la libre administration. Or, si étendus que soient les pouvoirs d'un adminis-

trateur, ils ne vont jamais jusqu'à lui permettre de disposer d'un droit. Voilà le motif qui a inspiré la décision de Gaius. Mais tout autre est la situation du cédant. Titulaire de la créance jusqu'à la cession, il pouvait s'en dépouiller et, s'il l'a fait en consentant un pacte de remise, son cessionnaire ne peut invoquer des droits qu'il s'était mis dans l'impossibilité de lui transmettre.

La loi 57 § 1 (*eod. tit.*) est le second texte que l'on oppose. Il y est dit que le pacte *Ne ego petam* est inopposable aux héritiers de celui qui l'a consenti. Or il n'existe ici aucune raison de distinguer entre les héritiers et le cessionnaire.

Les termes dans lesquels ce texte est conçu et le rapprochement qu'il fait entre le pacte *Ne ego petam* et le pacte *Ne a te petatur*, dont ne peuvent se faire un titre les héritiers du débiteur, prouvent que l'attention du jurisconsulte s'est exclusivement portée sur ces mots *ego* et *a te*. L'objet du pacte n'est autre que la concession d'un terme incertain. C'est une promesse de ne point agir, soit de son vivant, soit du vivant de son débiteur, et voilà pourquoi il reste étranger aux héritiers. Il le sera également au cessionnaire, à cette condition toutefois qu'il respecte le terme concédé. Mais il apparaît combien l'interprétation de cette convention spéciale doit différer de l'interprétation d'un pacte ordinaire de remise.

b. — EXCEPTION NÉE DU DOL DU CÉDANT

Je la crois opposable au cessionnaire. Comment admettre, en effet, qu'une cession de la créance ait pour résultat de purger l'engagement du débiteur d'un vice qui le rend nul ?

L'opinion contraire compte cependant de sérieux défenseurs [1].

Leur argumentation est basée sur la loi 4 §§ 27 et suivants *de doli mali et metus exceptione*, XLIV, 4, laquelle porte que le dol du vendeur n'est point opposable à l'acheteur d'une hérédité ou d'une chose corporelle. Il n'est opposable qu'au donataire, mais par un motif spécial : Il serait injuste qu'il pût s'enrichir aux dépens de la victime du dol.

Je réponds que la situation de l'acheteur de choses corporelles ou d'une hérédité est bien différente de la situation du cessionnaire d'un droit incorporel. Un acheteur n'en devient pas moins propriétaire malgré le dol qui infecte son acquisition et l'hérédité n'en est pas moins dévolue à l'héritier *ab intestat*, malgré le dol qui a déterminé la répudiation de l'héritier testamentaire. L'un et l'autre est donc en mesure de transférer à autrui un droit qui lui appartient. Le sous-acquéreur, investi par ce transfert d'un droit propre et ne succédant point à l'obligation person-

1. FABRE, *conject.*, l. XII, ch. 9 ; OLEA, *de cessione*, l. VI, *quæst*, 11 GIDE, *novation.*, p. 307.

nelle que le dol a engendrée contre son auteur, n'en souffrira pas.

Mais si, au lieu d'une acquisition de propriété, c'est un engagement contracté que le dol vicie, le bénéficiaire du droit n'en peut jouir que par l'intermédiaire, que par le fait de l'obligé. Or, celui-ci invoquera le dol dont il a été victime quand on voudra exiger ce fait par une action en paiement. Si le créancier s'est avisé de céder son droit, il n'a pu le transmettre que tel qu'il le possédait, c'est-à-dire subordonné toujours au fait du débiteur. De même donc que ce dernier pouvait se refuser au payement vis-à-vis du cédant il le pourra vis-à-vis du cessionnaire.

La distinction entre ces deux situations diverses a été comprise et mise en lumière par le jurisconsulte lui-même. L'exception de dol redevient opposable à l'acheteur d'une chose corporelle si celui-ci a besoin d'invoquer la possession de son vendeur. Pourquoi ? Sinon parce que, dans ce dernier cas, l'acheteur n'apporte point un droit propre. Comme le cessionnaire d'une créance, il invoque un droit de son vendeur. Or l'exception de dol a paralysé ce droit[1].

La même loi 4, § 17, a fourni l'idée d'une distinction entre le dol commis au moment de l'opération et le dol postérieur. Le premier serait seul opposable au cessionnaire.

1. Mühlenbruch, *Cession*, § 60, 3e édition, 1836; Vangerow, *Pandekten*, III, § 575; Windscheid, *Pandekten*, t. II, § 332, note 5.

Cette différence ne repose sur aucun fondement rationnel. De plus, le fragment précité se rattache à un ordre d'idées tout à fait éloigné de la cession. Il s'agit d'une personne en puissance à l'égard de laquelle est contractée une obligation. Le dol qui a vicié l'engagement du tiers est opposable au père de famille, car la créance n'a pu entrer dans son patrimoine que telle qu'elle est née. Mais, si postérieurement l'individu en puissance se rend coupable d'un dol qui annule l'obligation, cette circonstance ne modifiera point les droits du père de famille. La créance est partie intégrante de son patrimoine, et l'esclave ou le fils de famille ne peuvent, ni directement, ni indirectement, l'en faire sortir « ..... neque « enim esset æquum servi dolum amplius domino « nocere quam in quo opera ejus esset usus. »

C. — EXCEPTION DE COMPENSATION

Sous l'empire de notre Code civil, la compensation est légale. Du jour où deux dettes se rencontrant font que deux personnes soient respectivement créancière et débitrice l'une de l'autre, ces dettes s'éteignent à concurrence de la plus faible. A Rome, la compensation était seulement judiciaire. Il fallait qu'elle fût proposée pour opérer, et alors se pose la question de savoir si le débiteur peut l'opposer au cessionnaire pour une dette dont le cédant était grevé vis-à-vis de lui. Peut-il, pour parler le langage des textes, former contre ce cessionnaire qui l'actionne,

afin de repousser sa poursuite, une demande reconventionnelle basée sur une obligation qui pèse sur le cédant ?

Non. L'exception de compensation est désormais perdue. Tant que cette exception n'a pas été proposée, les deux créances coexistent. L'un des créanciers a pu transférer la sienne ; mais il n'a pas transféré l'obligation qui lui incombait, et son cessionnaire n'est tenu à aucun titre de répondre aux demandes formées contre lui de ce chef.

Voilà donc une exception, et la seule, si je ne me trompe, qui, née dans la personne du cédant, est inopposable au cessionnaire.

Deux textes, au Digeste, paraissent contradictoires. Gaius consacre mon opinion : « Si quis in rem suam » procuratorio nomine agit, veluti emptor hereditatis; « an debeat invicem venditorem defendere? Et placet, « si bona fide et non in fraudem eorum, qui invicem « agere vellent, gestum sit negotium, non oportere « eum invicem defendere. » (L. 34, *de procurat.*, III, 3). Le cessionnaire n'est pas tenu, sauf le cas de fraude, de défendre aux demandes reconventionnelles.

Ulpien donne une décision en apparence opposée : « Si quis in rem suam procurator interveniat; adhuc « erit dicendum, debere eum defendere; nisi forte « ex necessitate fuerit factus. » (L. 33, § 5, *cod. tit.*).

Je pourrais répondre que les deux solutions trouvèrent des partisans et que l'une et l'autre a été insérée au Digeste par une inadvertance des compila-

teurs de Justinien. Mais, sans recourir à cette fin de non recevoir, j'espère démontrer que la contradiction n'est qu'apparente.

Le mot *defendere* offre dans la langue des jurisconsultes, deux sens différents. Parfois il signifie *répondre à une action*. C'est là peut-être son emploi le plus usuel (L. 51, § 1, *de procurat.*, III, 3). Parfois aussi il signifie *donner caution :* « defendere, hoc est satisdare, » nous dit Ulpien dans la loi 5, § 3, *judicatum solvi*, XLVI, 7. Employé dans ce second sens, le mot *defendere* est quelquefois accompagné de ceux-ci : *boni viri arbitratu;* il est précédé de ces expressions dans la loi 5, *judicatum solvi.*

Le *procurator absentis*, dont le mandat n'offrait point le même caractère de certitude que celui du *procurator præsentis* était tenu de fournir *caution de ratification* (*Fragm. Vat.*, §§ 317 et 333; L. 65, *de procurat.*, III, 3; L. 23, *de administr. et peric. tut.*, XXI, 7). L'ensemble de la loi 33 prouve qu'Ulpien avait en vue un *procurator absentis.* Il est donc probable que le mot *defendere* prenait sous sa plume le sens de *satisdare.*

Cette probabilité grandit encore si l'on remarque que, dans la même loi, le même mot, précédé de la formule *boni viri arbitratu*, présente à coup sûr cette signification

Enfin, dans le paragraphe sur lequel roule cette discussion, Ulpien établit une dispense de *defendere* quand la *procuratio* a été commandée par la nécessité. On ne voit pas pourquoi cette circonstance

dispenserait le cessionnaire de répondre à une demande reconventionnelle ; il est équitable et rationnel au contraire qu'elle l'exempte de fournir caution.

d. — EXCEPTIONS PROVENANT DE LA PERSONNE DU CESSIONNAIRE

Il va de soi que le cessionnaire, une fois la créance devenue sienne, puisse l'étendre valablement Mais les exceptions nées de son fait, même antérieurement à la cession, sont également acquises au débiteur.

Un texte d'Ulpien fait l'application de ce principe à l'exception de dol : « Quæsitum est, an de procura-« toris dolo qui ad agendum tantum datus est excipi « possit? Et puto recte defendi, si quidem in rem « suam procurator datus sit ; etiam de prœterito ejus « dolo (hoc est, si ante acceptum judicium dolo quid « fecerit) esse excipiendum » (L. 4, § 18, *de doli « mali et met. except.*, XLIV, 4).

Il paraît assez difficile au premier abord, de trouver une hypothèse dans laquelle un dol du cessionnaire, relatif à la créance cédée, soit antérieur à la cession même. Le cas devait être fréquent à Rome cependant. Souvent une cession d'action n'était que la suite d'un mandat. Le mandataire, ne pouvant contracter au nom du mandant, contractait en son propre nom et transférait ensuite la créance qu'il avait acquise. Or, on conçoit que le mandant, intéressé au succès de l'opération, cherche, dès le début,

à l'assurer par son dol. La décision d'Ulpien qui fait peser sur lui les conséquences de ce dol, à quelque époque qu'il soit intervenu, se recommande par son équité.

§ 3

GARANTIE DUE PAR LE CÉDANT AU CESSIONNAIRE

Deux choses sont à distinguer dans une créance comme dans tout autre droit, le droit lui-même et l'avantage matériel, l'émolument que ce droit est susceptible de procurer. Le droit subsiste, quelle que soit la situation de celui contre lequel on l'exerce. L'émolument de ce droit, quand il s'agit d'une créance, est nécessairement subordonné à l'état de solvabilité du débiteur. Cette distinction est de la plus haute importance en matière de garantie.

Pour déterminer la responsabilité du cédant, il est indispensable de remonter au delà de l'acte de cession et de rechercher en vertu de quelle cause elle a été opérée. Ces causes peuvent être réparties en deux groupes :

A. — *Conventions à titre onéreux.*
B. — *Conventions à titre gratuit et testament.*

A. — CONVENTIONS A TITRE ONÉREUX

Le type est la vente. Le cédant est tenu de garantir l'existence du droit ; mais son obligation s'arrête là.

Il ne répond point de la solvabilité du débiteur : « Celsus libro Digestorum scribit locupletem esse « debitorem non debere præstare : debitorem autem « esse præstare. » (L. 4, *de heredit. vel act. vend.*, XVIII, 4.) L'insolvabilité du débiteur est une chance fortuite de perte à laquelle s'expose le cessionnaire. (L. 96, § 2, *de solutionibus*, XLVI, 3 ; L. 45, § 7, *mandati*, XVII, 1 ; L. 3, C. *de novat.*, VIII, 42.)

L'existence de la créance est en jeu quand le débiteur est à même de paralyser la poursuite par une une exception perpétuelle : « Obligatum accipere « debemus, si exceptione se tueri non potest; cæte- « rum si potest, dicendum non esse obligatum. » L. 20, § 3, *de liber. causa*, XX, 12 ; L. 5, *de heredit. vel act. vend.*, XVIII, 4.)

La garantie est également encourue si la créance n'appartenait point à celui qui en a fait commerce.

Je ne rattache pas à l'existence de la créance le fait prévu par la loi 31, *principium*, *de actionibus empti et venditi*, XIV, 1, et de la sorte je ne trouve point dans la décision de ce texte une dérogation aux règles que je viens de poser. Il s'agit d'un acheteur qui, en remplacement de la chose vendue, violemment enlevée au vendeur, accepte de ce dernier l'action qu'il possède contre l'auteur de l'enlèvement. Nératius nous déclare que la cession s'opère aux risques de l'acheteur, *periculo suo*. Est-ce à dire que le vendeur soit libre de toute garantie? Non. Une distinction devait être dans l'esprit du jurisconsulte. Si l'acheteur succombe par la raison que la chose enlevée

n'appartenait point au vendeur, l'équité et les principes juridiques veulent qu'il ait un recours. Mais s'il succombe par la raison que le défendeur n'était pas l'auteur de l'enlèvement, l'absence de garantie se justifie très bien. L'action existe en effet; elle n'est que mal dirigée.

Les dommages-intérêts auxquels le cessionnaire a droit, se déterminent de la façon suivante : Si la créance vendue a été présentée comme ayant pour objet une somme d'argent, ils sont exactement égaux à cette somme. Hors ce cas, ils embrassent tout le préjudice causé et ce préjudice peut être de beaucoup supérieur au prix de la cession (L. 5, *de heredit. vel act. vend.*, XVIII, 4).

La théorie est la même, relativement aux droits accessoires compris dans la vente, tels que gages, hypothèques, cautionnements (L. 2 § 8, *de heredit. vel act. vendit.*, XVIII, 4), d'où il suit que le cédant ne répond ni de l'efficacité de l'obligation des intercesseurs, ni de l'insuffisance des gages et hypothèques ; mais seulement de leur existence au moment du contrat : « Periculum pignorum nominis venditi « ad emptorem pertinere, si tamen probetur eas res « obligatas fuisse. » (L. 30, *de pignor. et hypoth.*, XX, 1).

Ces règles supposent le cédant de bonne foi. S'il connaissait au moment de la cession l'état de détresse de son débiteur, sa responsabilité se trouve augmentée par son dol et il devient garant de la solvabilité du cédé : « Qui nomen quale fuit vendidit, duntaxat

« ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et *dolum præstare cogitur.* » (L. 74 § 3, *de eviction.*, XXI, 2).

B. — CONVENTIONS A TITRE GRATUIT ET TESTAMENT

Le donateur ou l'héritier ne répond même pas de l'existence de la créance. C'est une règle propre à ces causes de transmission, quelque soit leur objet (L. 18 § 3, *de donation.* XXXIX, 5; L. 75 §§ 1 et 2, *de leg.* 1°, XXX).

On dit généralement que cette règle subit une exception quand le donateur est *in dolo* et on invoque, pour l'établir, le premier des fragments que je viens de citer : « Labeo ait, si quis mihi rem alienam « donaverit inque eam sumptus magnos fecero, et « sic evincatur, nullam mihi actionem contra donato- « rem competere: plane de dolo posse me adversus « eum habere actionem, si dolo fecit. »

On interprète mal ce texte. Ce n'est point une action en garantie que Labéon ouvre contre le donateur, c'est une action de dol. Lui-même la qualifie ainsi. La différence ne réside pas simplement dans les mots; elle est considérable en fait. Une action en garantie réparerait tout à la fois le préjudice résultant des impenses faites par le donataire et celui résultant de l'éviction de l'objet donné. L'action de dol ne couvrira que la perte des impenses. Or, en matière de droits incorporels, il n'en peut être question.

La constitution de dot fut de bonne heure consi-

dérée à Rome comme un acte à titre onéreux, les charges du mariage en formant pour le mari la conséquence inévitable. Aussi lui appliqua-t-on les règles de la garantie propre aux actes à titre onéreux. Un rescript de Septime-Sévère et de Caracalla (L. 1, C., *de jure dot.*, V, 12) posa le principe en ce qui concerne les objets corporels. Il contenait, à la vérité, certaines distinctions plus spécieuses que rationnelles dans le détail desquelles je n'ai pas à entrer, car il me semble bien qu'on ne les appliqua pas à la dot composée de créances. Les textes présentent toujours la femme et le père de la femme comme responsables de l'existence du *nomen* dont le transfert constitue la dot (L. 9, § 1, *de condict. causa data*, XII, 4; LL. 38 et 75, § 5, *de jure dot.*, XXIII, 3).

Par contre la garantie de la solvabilité du débiteur cédé n'est point due (L. 53, *de jure dot.*, XXIII, 3).

On a contesté que ce second point fût exact, et on a voulu faire peser sur le constituant une responsabilité plus lourde que celle imposée au cédant à titre onéreux ordinaire. Le texte invoqué est la loi 49, *principium, soluto matrimonio*, XXIV, 3. Il y est dit que si le mari ne parvient point à faire rentrer la créance et qu'aucune négligence ne puisse lui être reprochée, on n'aura de ce chef, à la dissolution du mariage, ni l'action *dotis*, ni l'action *mandati* à exercer contre lui.

Cette disposition ne fait que confirmer ma théorie, loin de la contredire. Si en effet l'unique sauvegarde du mari dans l'impossibilité de réaliser la dot consiste

à n'être point tenu de sa restitution, c'est que la loi ne lui offre pas les moyens de la toucher par l'exercice de l'action en garantie.

Toutefois l'opinion que je combats peut offrir une certaine part de vérité; mais à la condition qu'on ne lui donne point une telle généralité et que, même restreinte, on la formule autrement, qu'on ne la présente point comme une dérogation aux principes de la garantie. La loi romaine imposait à certaines personnes l'obligation de constituer une dot. Il est évident que le constituant n'est point libéré si, par suite de la non-existence de la créance qu'il a voulu céder ou de l'insolvabilité du débiteur, en fait la constitution de dot n'a pas eu lieu. Mais c'est par erreur que l'on trouverait là une exception aux règles de la garantie. En effet, si la responsabilité du constituant est encourue, ce n'est pas tant parce que la cession portait sur une créance non réalisable en fait que parce que son obligation originaire a continué de subsister.

Le vendeur d'une créance ne saurait être inquiété en cas d'insolvabilité du débiteur, car il n'est tenu que d'une seule chose : céder une créance existante, et il l'a fait. Le constituant d'une dot en vertu d'une obligation légale est tenu, d'une façon générale, de conférer un avantage pécuniaire au mari. Tous les procédés sont à son service ; mais, quel que soit celui auquel il aura recouru, aliénation d'objet corporel ou incorporel, tant que l'émolument ne sera pas arrivé en fait aux mains du mari, son obligation ne sera pas

acquittée. Elle a un objet tout autre que l'obligation du vendeur.

Cette théorie est applicable de tout point au débiteur d'aliments en vertu de la loi. Sa responsabilité est la même, et par le même raisonnement, s'il a voulu s'acquitter de sa dette par la cession d'une créance sur un insolvable.

Tels sont les principes de la garantie normale, de celle qu'on appelle *la garantie de droit;* mais les parties ont la faculté de les modifier à leur gré et ce n'est qu'à défaut de convention spéciale qu'on les applique (L. 4, *de heredit. vel act. vend.*, XVIII, 4).

Ces clauses, appelées *clauses de garantie de fait*, ont pour objet ou de diminuer ou d'augmenter la garantie de droit.

A. — La garantie légale peut être diminuée expressément ou tacitement.

Elle l'est tacitement quand il est dit dans l'acte que le cessionnaire agira à ses risques et périls. La garantie de l'existence même de la créance est écartée si la convention était intéressée. (L. 4, *de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4),

Toutefois, dégagé par de semblables stipulations du paiement de dommages-intérêts, le cédant reste obligé à la restitution du prix. Il serait contraire à la bonne foi du contrat, nous dit Ulpien, que l'acheteur perdit, tout à la fois, la chose et le prix. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que les parties l'eûssent formellement indiqué, ou que la créance n'eût été

vendue que comme une chose incertaine, *ut in retibus.* (L. 11 § 18, *de act. empti*, XIX, 1 ; LL. 10 et 11, *de heredit. vel act. vend.*, XVIII, 4).

B. — Les clauses les plus fréquentes d'augmentation de garantie ont pour objet la promesse de la solvabilité. Cette promesse ne s'entend, sauf la volonté des parties, que de la solvabilité actuelle, c'est-à-dire au moment de la cession, si la créance est pure et simple ; au moment de son exigibilité si elle est à terme ou conditionnelle. En effet, l'insolvabilité future est un accident que l'acheteur pouvait prévenir par des poursuites immédiates. Il doit seul supporter la peine de sa négligence, (L. 35, *de reb. cred.*, XII, 1 ; L. 41 § 3, *de jure dot.*, XXIII, 3).

La promesse de solvabilité peut être tacite aussi bien qu'expresse. Les cas de promesse tacite seront rares ; on en trouve cependant des exemples : J'ai confié à Titius une gestion qui mettra entre ses mains des fonds que je le charge de placer. Titius s'acquitte de son mandat et me cède les actions contre les tiers emprunteurs. Si l'un ou l'autre de ces tiers est insolvable et que Titius mérite, à ce propos, le reproche d'imprudence, il sera responsable. Il avait en effet, acceptant le mandat, pris l'engagement de ne confier ces fonds qu'à des personnes de la solvabilité desquelles il serait moralement sûr.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA CESSION DE CRÉANCES EN DROIT FRANÇAIS

A l'origine de la législation française, la cession des créances devait à peine exister. Dans les formules que nous avons d'actes passés sous les deux premières races, on ne trouve point vestige de cette opération juridique. Rien d'étonnant dans ce fait: Les créances sont une manifestation du crédit; or, après les invasions des barbares, la confiance. la sécurité, ces conditions essentielles sans lesquelles il ne peut exister, faisaient défaut. Les créances durent être rares, et leur commerce plus rare encore.

Peu à peu, à mesure que la société s'asseyait sur des bases plus solides, la puissance du crédit fut comprise. A l'exemple des jurisconsultes romains, on vit dans la créance, quand elle est solide, un bien comme un autre, une richesse à laquelle la circulation donne sa principale utilité. Sous cette inspiration furent imaginées les ingénieuses théories de la lettre de change et du titre au porteur, ces deux agents de circulation les plus puissants.

La cession normale et régulière des créances, telle que l'avait organisée le Droit romain, ne fut point non plus laissée de côté par nos anciens jurisconsultes. Au XVIII^e^ siècle, cette théorie, très pratique à une époque où les rentes étaient si nombreuses, avait atteint son complet développement. Je n'en ferai point l'objet d'un examen spécial, et cela pour les motifs suivants :

Une étude qui voudrait être complète m'entraînerait beaucoup trop loin. Elle n'offrirait, du reste, que peu d'intérêt, la plupart des principes actuels sur la question nous venant, sans modification aucune, de l'ancien Droit.

Enfin, dans l'explication de nos textes, j'aurai besoin, le plus souvent, de recourir, pour les éclairer, aux précédents historiques, et ainsi l'occasion de rappeler les traits essentiels de la cession de créances à cette époque se présentera tout naturellement.

Nous avons vu par quels ingénieux procédés les préteurs, et, après eux, les Constitutions impériales parvinrent à tourner le principe de l'incessibilité des créances consacré par le *jus civile*. La qualité de *procurator in rem suam* attribuée au cessionnaire n'était qu'un stratagème pour lui permettre d'acquérir le droit lui-même.

Aujourd'hui que les progrès de législation ne rencontrent plus cette entrave d'une loi antérieure inviolable et sacrée, le transport-cession a-t-il recouvré son véritable caractère ? Y voit-on une vente de droits

incorporels, de tout point semblable à la vente des choses corporelles mobilières ou immobilières?

Sur cette question grave, particulièrement au point de vue des principes, on ne rencontre point, dans notre ancien Droit, de décision absolument unanime. Pothier semble suivre la manière de voir des jurisconsultes romains, et les motifs qui le déterminent sont précisément ceux qui les avaient eux-mêmes touchés. Je ne puis mieux faire que de citer un passage de Pothier. Son langage net et précis se passera de tout commentaire.

« Une créance étant un droit personnel du créan-
« cier, un droit inhérent à sa personne, elle ne peut
« pas, à ne considérer que la subtilité du droit, se
« transporter à une autre personne, ni par conséquent
« se vendre. Elle peut bien passer à l'héritier du créan-
« cier, parce que l'héritier est le successeur de la
« personne et de tous les droits personnels du dé-
« funt ; mais, selon la subtilité du droit, elle ne peut
« pas passer à un tiers; car le débiteur, s'étant
« obligé envers une certaine personne, ne peut point,
« par le transport de la créance, transport qui n'est
« point de son fait, devenir obligé envers une autre. »

« Néanmoins, les jurisconsultes ont inventé une
« manière de transporter les créances, sans le con-
« sentement ni l'intervention du débiteur. Comme le
« créancier peut exercer contre son débiteur, par un
« mandataire aussi bien que par lui même, l'action
« qui naît de sa créance, lorsqu'il veut transporter
« sa créance à un tiers, il fait ce tiers son manda-

« taire pour exercer son action contre son débiteur, « et, il est convenu entre eux que l'action sera exercée « par le mandataire, à la vérité au nom du mandant, « mais aux risques et pour le compte du mandataire « qui retiendra pour lui tout ce qu'il exigera du débi- « teur en conséquence de ce mandat, et n'en rendra « aucun compte au mandant. Un tel mandataire est « appelé par les jurisconsultes *procurator in rem* « *suam*, parce qu'il exerce le mandat, non pour le « compte du mandant, mais pour son propre « compte » [1].

Déjà, avant Pothier, Dumoulin avait dit du cessionnaire que « non nomime proprio, sed nomine « cedentis, tanquam mandatis actionibus, expe- « ritur. » [2].

Malgré l'autorité de ces deux noms, je ne crois point que la doctrine professée par eux ait été celle de leur temps. Je tiens à l'établir aussi sûrement que possible, car, si je le fais, je pourrai considérer la question comme tranchée dans notre législation actuelle. Les rédacteurs du Code qui ne connaissaient guère le Droit romain que par l'intermédiaire de nos anciens auteurs ont dû en rejeter les principes qu'eux-mêmes avaient déjà répudiés.

Voici de quelle façon Argou expose son opinion : « Les cessions et transports ont été inventés pour « faire passer la propriété des droits incorporels et

1. *Contrat de Vente*, n° 550.
2. *Coutume du Bourbonnais*, art. 127.

« actions d'une personne à une autre, comme la « vente, l'échange, la donation et les autres titres de cette nature font passer la propriété des choses « corporelles d'une personne à une autre ; c'est pour « cela que, dans le droit, la cession d'une créance « est appelée *vente* d'une créance » [1].

« Celui, dit Domat, qui vend ou transporte une « créance ou un autre droit donne à l'acheteur ou « au cessionnaire une espèce de possession, par la « faculté d'exercer ce droit, en faisant signifier son « transport au débiteur qui, après cette signification, « ne peut reconnaître d'autre maître ou possesseur « de ce droit que le cessionnaire [2] ».

« Le transport, enseigne Renusson, est une *vraie* « *vente* ; il en a les mêmes principes, les mêmes « règles, et les mêmes effets..... Le droit cédé est « acquis au cessionnaire par l'acceptation de la « cession ; en conséquence il peut signifier, quand « bon lui semble, au débiteur cédé, et l'avertir par « cette signification qu'il a *changé de créancier* [3] ».

Bourjon n'est pas moins explicite : « Les créances « peuvent *s'acquérir comme les autres biens*, puis- « qu'elles sont comme eux dans le commerce..... « Après la signification, tout le droit du cédant *passe* « *au cessionnaire* [4] ».

1. *Institution au Droit français*, 8e édition, p. 423 et 424.
2. *Lois civiles*, tit. II, sect. II, n° 9.
3. *Traité des Subrogations*, chap. II, nos 2 et 3.
4. *Droit commun de la France*, I. *De la vente des choses incorporelles*, sect. Ire, nos 1, 6 et 10.

Je pourrais multiplier à l'infini ces citations. Serres [1], qui écrivait à Toulouse, en plein pays de droit écrit, professe la même doctrine, Denisart [2], Ferrière [3] également, et aucun de ces auteurs ne paraît supposer que sa manière de voir ne soit point celle de tous les jurisconsultes.

Enfin ma démonstration deviendra tout à fait péremptoire si je puis combattre Pothier par Pothier lui-même, et montrer que son grand sens juridique lui fit, presque à son insu, rejeter une opinion qu'il admettait quelques lignes plus haut, moins par raisonnement que pénétré des souvenirs historiques.

Remarquons d'abord que c'est dans son traité de la *vente* qu'il traite du transport des créances, ce qui déjà cadre assez mal avec le caractère de mandat qu'il attribue à l'acte. Mais il ajoute, à la suite du passage déjà cité : « Un mandat fait de cette manière « est, quant à l'effet, un transport que le créancier « fait de sa créance, et, s'il ne reçoit rien du man- « dataire pour consentir que ce mandataire retienne « pour lui ce qu'il exigera du débiteur, c'est une « *donation* ; s'il reçoit pour cela l'argent du manda- « taire, c'est une *vente* qu'il lui fait de sa créance. »

« De là il s'est établi dans la pratique qu'on peut « transporter les créances, les donner, les vendre et « en disposer à quelque titre que ce soit. »

A l'opinion de nos anciens jurisconsultes, vient

1. *Institution au Droit français*, p. 531.
2. *Vo Transport*, no 2.
3. *Introduction à la pratique*, vo *Transport*.

s'ajouter celle encore plus importante des rédacteurs même du Code :

« Indépendamment des choses mobilières et « immobilières, disait Portalis, il est une troisième « espèce de biens, celle des créances et autres droits « incorporels. Cette espèce de biens est la création « de l'homme : elle est dans le commerce comme « tous les autres biens, et elle est conséquemment « susceptible d'être *vendue*, *cédée*, *transportée* [1].

Grenier exprimait la même idée : « Il y a une « troisième espèce de propriété qui peut faire l'objet « de la *vente*, ce sont les créances et autres droits « incorporels [2]. »

« Au moyen de la signification, déclarait Bigot-« Préameneu, le cédant *cesse d'être créancier* [3]. »

Cette opinion personnelle, ils l'ont fait passer dans le Code qu'ils étaient chargés de donner à la France.

C'est, en effet, au titre de la Vente et point à celui du Mandat qu'ils traitent de la cession de créances. Ils la qualifient de *transport*, ce qui implique bien l'idée d'un déplacement de propriété. Ils l'appellent même une vente « *la vente, ou cession de créances*, » porte l'article 1692. L'article 1690 déclare le cessionnaire *saisi* dès que la cession est signifiée au cédé. Or, qu'est-ce que saisir quelqu'un d'un droit, si ce n'est l'en investir?

1. Fenet, XIV, p. 149.
2. Fenet, XIV, p. 205.
3. Fenet, XIII, p. 284.

Malgré ces preuves évidentes, quelques auteurs[1] ont voulu voir dans le système français la reproduction du système romain.

Ce qui a déterminé la conviction de M. Troplong, dans ce sens, c'est la crainte que la situation du débiteur ne se trouvât aggravée, car il pourrait tomber entre les mains d'un créancier avare et intraitable.

Mais, peut-on répondre victorieusement, si cette considération était décisive, ce n'est point seulement la cession par le procédé de la vente qui devrait être interdite. La cession par la voie détournée du mandat mène aux mêmes dangers, l'action étant confiée dorénavant à un nouveau poursuivant. Que ce poursuivant s'appelle créancier ou *procurator in rem suam*, s'il est avare et intraitable, le débiteur voit son sort aggravé.

L'importance de cette question ne se révèle pas uniquement au point de vue scientifique. Les conséquences pratiques auxquelles mène l'une ou l'autre des deux solutions sont très graves. Leur énumération ici ne serait point en son lieu. Elle occupera sa vraie place dans la partie de ce travail, relative aux effets de la cession [2].

1. Héan, *Revue pratique*, XIV, pp. 398 et suiv.; Persil, *Rég. hyp.* art. 2148, § 1er, nº 4, et *Quest.*, t. I, nº 340; Duranton, XVI, nº 495; Gauthier, *Subrog.*, nº 34; Troplong, *Priv. et hyp.*, I, nº 340.

2. Voir dans le sens de mon opinion: Demolombe, XXVIII, nº 567 *in fine*; Delvincourt, III, p. 170; Championnière et Rigaud, *traité des Droits d'enregistrement*, nºs 1197, 1203 et 1211; Duvergier, II, nºs 153 154, 160 et 161; Marcadé, art. 1295 1689 et suiv.; Pont, *Priv. et hyp.*, nºs 236 et 237; Mourlon, *revue pratique*, XV, pp. 97 et suiv.

Puisque la cession de créances présente aujourd'hui son caractère vrai d'aliénation, elle va constituer une donation ou une vente suivant qu'elle sera faite à titre gratuit ou à titre onéreux. De ce chef elle sera soumise à tous les principes des donations et des ventes. Mon but n'est pas de reproduire ici ces règles, et mon examen ne portera que sur les principes spéciaux à l'aliénation des créances. Ils sont en général les mêmes que cette aliénation procède d'une libéralité, ou d'un acte intéressé, aussi m'occupant de la vente d'une façon principale, je ne ferai que signaler tout à fait accessoirement les traits essentiels par lesquels la donation s'en sépare.

Je grouperai mes explications en quatre chapitres :

Chapitre I^er^. — *Conditions de validité de la Cession de créances.*

Chapitre II^e^. — *Effets de la Cession de créances entre les parties.*

Chapitre III^e^. — *Règles spéciales pour l'efficacité de la Cession de créances à l'égard des tiers.*

Chapitre IV. — *Différences entre la Cession de créances et certaines opérations juridiques ayant des rapports plus ou moins intimes avec elle.*

CHAPITRE Ier

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CESSION DE CRÉANCES

Aux termes de l'article 1108, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention. Il nous faut donc les rencontrer dans tout transport, sous peine de ne pouvoir lui attribuer aucune efficacité.

Ce sont :

1° Un consentement libre.

2° Une cause licite. La cause, dans la vente, consiste dans le prix. Dans la donation, elle réside dans l'intention libérale.

3° Des parties capables de contracter.

4° Une chose qui puisse faire l'objet du contrat. C'est la créance elle-même.

Sur les deux premières conditions, le consentement libre et le prix, je ne dirai rien. Leur étude me conduirait hors du cadre que je me suis tracé : les principes qui gouvernent le consentement et la fixation du prix sont communs à toute espèce de vente.

Mais dans deux sections j'examinerai :

Section I. — *Capacité des parties.*

Section II. — *Quelles créances peuvent être cédées.*

SECTION Ire

Capacité des Parties

« Toute personne peut contracter si elle n'en est « pas déclarée incapable par la loi » (art. 1123). Et l'art. 1594 applique ce principe à la vente dans les termes suivants : « Tous ceux auxquels la loi ne l'in- « terdit pas peuvent acheter ou vendre. » La capacité est donc la règle et l'incapacité l'exception.

L'incapacité pouvant porter sur la vente ou sur l'achat, la division de cette première section vient d'elle-même :

§ 1er. — *Incapacité de vendre des créances.*

§ 2e. — *Incapacité d'acheter des créances.*

§ I

INCAPACITÉ DE VENDRE DES CRÉANCES

Le chapitre II du titre de la vente (art. 1595-1597) énumère un certain nombre d'incapacités. Je les passe sous silence, les créances étant à cet égard soumises aux règles générales de la vente.

L'article 1124 frappe de l'incapacité plus vaste de contracter les Mineurs, les Interdits et les Femmes mariées,

Tout contrat, et en particulier toute cession de créances, est donc défendu au mineur et à l'interdit.

Mais l'un et l'autre ont un représentant légal qui tient leur place dans tous les actes de la vie civile. Aussi aurons-nous à nous demander quels sont les pouvoir du tuteur sur les créances du mineur ou de l'interdit.

L'article 1124 en ajoutant, quand il crée l'incapacité de la femme mariée, « dans les cas exprimés par la loi » nous avertit qu'elle peut être frappée d'une incapacité plus ou moins profonde. Cette diversité de situation dépend du régime matrimonial qu'elle a adopté par son contrat de mariage. Il nous faudra donc voir si la femme mariée a parfois la faculté de disposer de ses créances, et quels sont les pouvoirs du mari, administrateur de sa fortune, quand le contrat de mariage la dépouille elle-même de cette administration, sur les droits incorporels de cette nature :

De là une subdivision du paragraphe 1er :

I. — Pouvoirs du Tuteur sur les créances du Mineur ou de l'Interdit.

II. — Pouvoirs de la Femme sur ses créances et pouvoirs du Mari sur ces mêmes créances.

I

Pouvoirs du tuteur sur les créances du mineur ou de l'interdit

L'article 452 oblige le tuteur qui entre en fonctions à faire vendre, dans le mois qui suit la clôture de

l'inventaire, en présence du subrogé-tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et, après des affiches et publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature.

Le but de cette mesure est de convertir en un capital productif les meubles stériles et dispendieux dont le mineur ne se servirait pas, et qui n'en subiraient pas moins, pendant la durée de la tutelle, la dépréciation, la détérioration ou même la perte qui les atteint par le seul effet du temps. Ce motif prouve assez que l'article 452 ne s'applique pas aux meubles incorporels, tels que les rentes et créances, lesquels constituent déjà cet emploi, ce placement auquel la vente des meubles a pour objet d'arriver. « Les dettes actives du mineur, disait Meslé, ne seront mises aux enchères, vendues ni adjugées en gros..... [1]. »

Les créances appartenant au mineur ou à l'interdit vont donc rester dans son patrimoine jusqu'à ce qu'un paiement, valablement fait, en amène l'extinction et les transforme en argent. Mais, avant l'échéance, une occasion propice de convertir en immeubles des deniers, dont l'emploi fructueux ne se trouverait plus tard que difficilement, se présente. Le mineur sous le coup de poursuites a un pressant besoin d'argent; ou encore, son débiteur, aujourd'hui solvable, me-

1. *Des Minorités*, P. I, chap. VIII, n° 11.

nace de ne plus l'être demain. Voilà des circonstances éminemment favorables pour autoriser la vente de la créance ou de la rente dont le mineur est titulaire. Le tuteur le peut-il ? Et à quelles conditions le peut-il ?

C'était sous l'empire du Code civil l'objet d'une très grosse controverse.

Touchée des raisons d'utilité pratique que je viens d'exposer, et, s'appuyant d'autre part sur cette considération qu'aucun texte ne limite les pouvoirs du tuteur quant aux meubles incorporels, de la même façon que l'article 452 le fait pour les meubles corporels et l'article 457 pour les immeubles, la jurisprudence se prononçait généralement pour la validité des cessions de créances par lui consenties, quelque énorme que fût, d'ailleurs, le chiffre de la créance.

Ces décisions, je les crois juridiques ; mais elles nous révèlent l'imperfection de la loi en cette matière. La vente d'un immeuble ne peut avoir lieu qu'avec autorisation du conseil de famille, suivie de l'homologation du Tribunal. Et, à lui seul, le tuteur pourra vendre toutes les actions industrielles qui composent peut-être l'unique assiette de la fortune de son pupille !

Une telle contradiction dans le Code ne s'explique que par l'influence des précédents historiques. Le brocard *res mobilis, res vilis* avait cours dans notre ancien Droit. Il pouvait être vrai à une époque où la

fortune industrielle et commerciale n'avait pris que fort peu d'accroissement, et où l'on rangeait, parmi les immeubles, les sources les plus fécondes des droits incorporels, les offices ainsi que les rentes perpétuelles foncières et constituées.

Ce n'était déjà plus exact en 1804 et l'erreur économique n'a fait que s'accentuer de jour en jour. Aussi des remèdes successifs ont-ils été apportés à cette situation.

Dès 1806, la loi du 24 mars déclara, en ce qui concernait les rentes sur l'Etat, que le tuteur ne pouvait opérer sans autorisation du conseil de famille, le transfert des inscriptions de rente cinq pour cent qui excédaient cinquante francs. Ce transfert s'effectuait au cours constaté le jour de la vente.

Plus tard, quand furent créées les rentes trois pour cent, on se demanda comment la loi du 24 mars 1806 devait leur être appliquée.

Des auteurs pensaient qu'il fallait prendre pour base le chiffre de mille francs en capital, qui représentait l'inscription de rente cinq pour cent, visée par la loi du 24 mars 1806.

Je crois au contraire que l'importance du titre ne devait pas s'apprécier d'après la valeur du capital de la rente. Trente francs de rente, trois pour cent, devaient être considérées comme équivalant dans tous les cas à cinquante francs de rente cinq pour cent. La loi du 24 mars 1806 ne s'occupe en effet que du revenu qui est toujours fixe, tandis que la

valeur du capital est soumise à toutes les fluctuations de Bourse [1].

Par un décret du 25 septembre 1813, la disposition de la loi du 24 mars 1806 fut rendue applicable aux actions de la Banque de France que pouvaient posséder les mineurs ou les interdits. La limite du droit de disposition du tuteur fut fixée à une action.

Le remède était bien incomplet. Le pouvoir illimité du tuteur n'avait guère d'autre correctif que le peu de sécurité que trouvaient les tiers dans de telles opérations. Voici en effet le danger auquel ils s'exposaient quand l'acquisition avait été par eux consentie à un prix inférieur à la valeur nominale de la créance.

De deux choses l'une :

Ou la créance était litigieuse, et alors le traité par lequel le tuteur l'avait transmise à un prix réduit présentait les caractères d'une transaction, c'est-à-dire d'un contrat qu'il ne peut faire seul (art. 467). On le considérait comme tel, bien qu'il n'eût pas été consenti avec le débiteur lui-même, car on ne peut admettre que le tuteur ait la faculté de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement; et le tiers qui aurait ainsi traité avec lui avait à craindre une action en nullité.

Ou la créance n'était pas litigieuse, et alors le tiers était exposé à cette objection que le tuteur ne peut

1. Demolombe, VII, n° 392; Valette, *Explic. somm. du livre I du code Napoléon*, pp. 276, 277.

pas consentir de remise au débiteur, ni faire des avantages à autrui aux dépens des biens du mineur.

L'état de la législation était donc, à un double point de vue, préjudiciable au mineur :

D'une part, les cessions de ses créances pouvaient être faites à des conditions très désavantageuses, si le tuteur trouvait un acquéreur.

D'autre part les périls auxquels s'exposait cet acquéreur empêchaient souvent d'en trouver, lorsque cependant un transport eût été utilement fait.

Un progrès définitif a été réalisé par la loi du 28 février 1880, laquelle a soumis le tuteur, pour l'aliénation des meubles incorporels, à des conditions analogues à celles qu'il doit observer pour l'aliénation des immeubles.

Le tuteur ne pourra aliéner, sans y être autorisé préalablement par le conseil de famille, les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations et autres meubles incorporels quelconques, appartenant au Mineur ou à l'Interdit.

Le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles (art. 1[er]).

Lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner dépassera, d'après l'appréciation du conseil de famille, quinze cents francs en capital, la délibération sera soumise à l'homologation du tribunal qui statuera en la chambre du conseil, le Ministère Public entendu, le tout sans dérogation à l'article 883, du Code de procédure civile (art. 2).

M. Bernier avait déposé un amendement tendant à

autoriser le tuteur à aliéner, sans le consentement du conseil de famille, les valeurs ne représentant qu'un capital de douze cents francs. Cet amendement s'appuyait sur les dispositions conformes de la loi du 24 mai 1806 et du décret du 25 septembre 1813.

Mais la commission nommée par la Chambre des députés fit remarquer avec raison que les documents législatifs précités avaient un vice qu'il ne fallait pas reproduire. Leurs dispositions protectrices pouvaient devenir illusoires. Le tuteur pouvait aliéner séparément, par portions inférieures au chiffre maximum, toute une créance de beaucoup supérieure à ce chiffre. Il faisait en détail ce qui lui était interdit de faire en bloc. Pour remédier à de tels abus, il eût fallu entrer dans de grandes complications, et le plus simple était d'interdire au tuteur toute aliénation en dehors du contrôle et du consentement du conseil de famille.

Au-delà d'un certain chiffre seulement, quinze cents francs, ai-je indiqué, l'homologation du tribunal est nécessaire. Lors de la discussion en séance publique au Sénat, cette inégalité dans l'étendue des garanties assurées au mineur parut choquante, et d'après l'article 2 du projet remanié, aucune homologation n'était nécessaire si la demande d'autorisation avait réuni l'unanimité du conseil de famille ; mais l'opposition d'un seul des membres nécessitait l'intervention du tribunal.

Cette combinaison ne fut point adoptée, et avec raison. Appliquer à l'aliénation de tous les meubles

incorporels le même système uniforme, c'est tomber dans l'un ou l'autre de ces deux inconvénients :

Ou bien on établit des formalités compliquées et coûteuses pour des créances de peu de valeur,

Ou bien, au contraire, on se montre trop libéral, et cette facilité peut engendrer de graves abus quand l'objet de l'aliénation est d'une valeur élevée.

C'est M. Jules Favre qui demanda qu'on revint au système primitivement adopté.

Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer, pour l'aliénation de ses meubles incorporels, les formes ci-dessus prescrites à l'égard du mineur non-émancipé.

Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage (art. 4).

L'assimilation, sous ce rapport, du mineur émancipé à celui qui ne l'est pas se rencontrait déjà dans loi du 24 Mars 1806 ; mais l'exception à cette règle pour le mineur émancipé par mariage est de droit nouveau.

On a trouvé avec raison une présomption de maturité d'esprit suffisante pour justifier un tel pouvoir dans l'autorisation que les ascendants ou le conseil de famille de ce mineur lui ont donnée de contracter mariage, de fonder une famille dont il sera le chef.

L'article 8, déclare la présente loi applicable aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aliénés, placés sous la tutelle, soit de l'administration de

l'assistance publique, soit des administrations hospitalières.

Le conseil de surveillance de l'administration de l'assistance publique et les commissions administratives remplissent à cet effet les fonctions attribuées au conseil de famille.

Les mêmes dispositions sont également applicables aux administrateurs provisoires des biens des aliénés, nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838.

Ces règles doivent-elles être étendues au père administrateur légal?

Ecartons d'abord un point qui ne peut faire doute un instant. Le père ou la mère veufs et tuteurs de leur enfant sont soumis à ces dispositions restrictives, aussi bien qu'un étranger.

M. Clément avait soutenu au Sénat qu'elles n'étaient nécessaires que pour les tuteurs testamentaire, légitime ou datif, l'affection que le tuteur légal porte à son pupille étant un sûr garant de la bonne administration. L'amendement fut rejeté. On fit en effet remarquer que les cas de tutelle légale qui correspondent à la situation d'un enfant ayant perdu seulement son père ou sa mère sont bien plus fréquents que les cas de tutelle dative ou testamentaire qui correspondent à la situation d'un enfant orphelin de père et de mère. Limiter à cette dernière hypothèse l'étendue de la loi, c'était en fait lui enlever presque toute son utilité.

L'exception que l'on voulait introduire en faveur du tuteur légal eût été d'ailleurs très regrettable à

plus d'un point de vue. C'est en effet contre les actes de ces derniers qu'il convient surtout de protéger les mineurs.

Les tuteurs datif ou testamentaire sont choisis en raison même de leur aptitude à être de bons tuteurs. Les tuteurs légaux ne tiennent au contraire leur qualité que de leur degré de parenté, circonstance qui peut bien donner une garantie d'affection, mais n'en constitue aucune d'aptitude à bien gérer.

Cette affection elle-même viendra bien souvent à s'affaiblir, ou au moins cessera de se manifester d'une façon utile pour l'enfant. Son père ou sa mère ont pu convoler et l'expérience de tous les jours démontre quelle influence néfaste le nouveau conjoint exerce sur le sort des enfants du premier lit. Peut-être ses suggestions intéressées amèneront-elles un père ou une mère qui manque de volonté à se livrer à des opérations désastreuses pour l'enfant. Voilà les cas où il est le plus utile de lier les mains à un tuteur.

Enfin, il n'y a rien de blessant pour la dignité et l'autorité des parents, puisque des entraves de même nature sont apportées à leur droit de disposition des immeubles.

Mais faut-il faire un pas de plus et soumettre à ces limitations de pouvoir le père administrateur légal de la fortune de ses enfants?

L'affirmative serait très rationnelle. Pourquoi ne pas entourer des mêmes mesures protectrices la for-

tune du mineur, par suite de ce fait que son père et sa mère vivent encore ?

Touché de cette considération, M. Gazagne avait proposé d'ajouter à la loi un article ainsi conçu :

« La présente loi sera applicable au père adminis-
« trateur légal dans les cas : 1° de séparation de corps
« obtenue contre lui ; 2° de séparation de biens ;
« 3° d'expropriation ; 4° de faillite » ; c'est-à-dire exprimant dans une formule plus brève la pensée de M. Gazagne, toutes les fois que l'administration du père devient suspecte.

Cet amendement fut vigoureusement combattu par le Garde des Sceaux, M. Cazot, et voici par quelles considérations :

« L'amendement de l'honorable M. Gazagne tend
« à créer des cas exceptionnels dans lesquels le
« projet de loi s'appliquerait au père administrateur
« légal. Il part donc de cette idée que la loi ne s'ap-
« pliquerait pas en principe au père administrateur
« légal ; qu'en règle générale, les règles sur la tutelle
« considérée dans son organisation générale, dans
« les pouvoirs dont le tuteur est investi, ne s'appli-
« quent pas à l'administration légale du père. »

« Or, il n'est pas dans cette assemblée un seul
« jurisconsulte qui ne sache que c'est là une de ces
« grosses questions livrées depuis longtemps à la
« controverse, discutées en jurisprudence et en doc-
« trine ; une de ces questions de principe auxquelles
« il ne faut pas toucher évidemment, et pour ainsi
« dire en passant, par un de ces amendements qui

« se glissent dans un projet de loi auquel ils sont « même étrangers et qui auraient pour conséquence, « si l'on n'y prenait garde, de le bouleverser dans « son principe [1]. »

La question se pose donc d'une façon bien plus générale que je ne l'ai fait. Il s'agit de savoir si les principes de la tutelle gouvernent l'administration du père pendant le mariage, et, en cas d'affirmative, la loi du 28 février 1880, aussi bien que les textes du Code civil relatifs à la tutelle, s'y appliqueront.

Ramenée à ces justes limites, la question sort de mon sujet, aussi je ne la traite pas. Je tenais simplement à mettre en lumière le lien qui rattache ces différents points de droit [2].

Les titres au porteur ne contiennent aucune mention qui révèle le nom du titulaire primitif de la créance. Ils circulent de main en main absolument comme la monnaie. Rien ne serait donc plus facile à un tuteur que d'aliéner les créances de son pupille quand elles sont constatées par des titres de cette nature. L'acquéreur ne saurait être inquiété, puisqu'aucun indice ne révèle d'où lui provient cette créance.

C'était là un danger qui appelait une mesure pré-

1. *Recueil des lois*, 1880, p. 51, art. 7854.

2. Un projet déposé à la Chambre des députés tendrait à régler législativement les pouvoirs du père administrateur légal de la fortune de ses enfants.

ventive et qui n'a point échappé au législateur de 1880.

« Le tuteur devra, dans les trois mois qui suivront « l'ouverture de la tutelle convertir en titres nomina- « tifs les titres au porteur appartenant au mineur ou « à l'interdit, et dont le conseil de famille n'aurait « pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile. »

« Il devra également convertir en titres nominatifs « les titres au porteur qui adviendraient au mineur « ou à l'interdit, de quelque manière que ce fût, et « ce, dans le même délai de trois mois à partir de « l'attribution définitive ou de la mise en possession « de ces valeurs. »

« Le conseil de famille pourra fixer, pour la con- « version, un terme plus long. »

« Lorsque, soit par leur nature, soit à raison de « conventions, les valeurs au porteur ne seront pas « susceptibles d'être converties en titres nominatifs, « le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du « conseil de famille l'autorisation, soit de les aliéner « avec emploi, soit de les conserver ; dans ce dernier « cas, comme dans celui prévu par le paragraphe « précédent, le conseil pourra prescrire le dépôt des « titres au porteur, au nom du mineur ou de l'in- « terdit, soit à la caisse des dépôts et consignations, « soit entre les mains d'une personne ou d'une « société spécialement désignée. »

« Ces divers délais ne seront applicables que sous « la réserve des droits des tiers et des conventions « préexistantes. (Art. 5).

La conversion des titres nominatifs en titres au porteur équivaut indirectement à une aliénation, puisqu'elle assure la complète efficacité de toute opération de ce genre. C'est à ce second péril qu'est venu parer l'article 10 :

« La conversion de tous titres nominatifs en titres « au porteur, est soumise aux mêmes conditions et « formalités que l'aliénation de ces titres. »

La sanction de ces prohibitions consiste dans la nullité du transport consenti en dehors des conditions légales. Un tel mode de sanction fort efficace pour faire respecter une défense n'est plus possible quand il s'agit d'une obligation positive, d'un fait actif imposé au tuteur. Il fallait donc assurer par un moyen quelconque la conversion en titres nominatifs des titres au porteur. Tel est l'objet de l'article 7 :

« Le subrogé-tuteur devra surveiller l'accomplis- « sement des formalités prescrites par les articles « précédents. Il devra, si le tuteur ne s'y conforme « pas, provoquer la réunion du conseil de famille « devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte « de ses actes. »

C'est qu'en effet le rôle du subrogé-tuteur est celui d'un surveillant vis-à-vis du tuteur (art. 470, C. civ.) Il doit s'acquitter de cette charge sous peine de voir sa responsabilité engagée. L'article 7 est conçu dans des termes impératifs qui ne peuvent laisser place au doute sur ce point : « Le subrogé-tuteur *devra* « surveiller..... »

Ce n'est point le seul cas où la loi l'oblige *sous sa responsabilité* d'exercer une surveillance active sur le tuteur. D'après l'article 1442 du Code civil, le subrogé-tuteur, qui n'a point contraint l'époux survivant à faire un inventaire après le décès de son conjoint, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs.

Enfin, à supposer qu'un doute restât, il serait levé par les travaux préparatoires : « Les tribunaux seront « là pour appliquer cette responsabilité avec discer- « nement. Lorsqu'un recours est dirigé par le mineur « contre le subrogé-tuteur, ils ne condamneront ce « dernier qu'autant qu'il aura une faute réelle à se « reprocher [1]. »

Les articles 9 et 11 règlent l'étendue d'application de la loi quant au temps et quant aux lieux.

Quant au temps : Les tuteurs entrés en fonctions et les mineurs émancipés antérieurement à sa promulgation seront tenus de s'y conformer. Les délais qu'elle fixe courront pour eux à partir de la promulgation(art. 9).

Quant aux lieux : Elle est applicable à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion. Les délais, en ce qui concerne ces colonies, seront, quand il y aura lieu, augmentés des délais supplémentaires fixés, à raison des distances, par la loi du 3 mai 1862 (art. 11).

1. Extrait du rapport de M. Jozon à la Chambre des Députés.

L'article 12 abroge la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813, ainsi que toutes les autres dispositions législatives qui pourraient se trouver contraires à la présente loi.

A côté de l'interdit se trouve un demi incapable, le prodigue ou le faible d'esprit, auquel il a été nécessaire de donner un conseil judiciaire. Le conseil judiciaire, à la différence du tuteur, n'agit point; il se contente de prêter assistance au prodigue, lequel passe par lui-même les actes qui peuvent lui être de quelque utilité. Ce serait donc lui qui consentirait les cessions de créances, à supposer qu'elles fussent possibles.

L'incapacité du prodigue diffère, à un autre point de vue, de celle de l'interdit totalement. En principe, il est capable et peut faire valablement tous les actes qu'un texte ne lui défend pas. Ces actes prohibés sont énumérés dans l'article 513 du Code civil. Il résulte de l'économie de ce texte que les cessions de créances sont interdites au prodigue, sans l'assistance de son conseil à un double titre :

D'une part, il ne peut recevoir un capital mobilier. Le législateur ne veut point lui voir de grosses sommes entre les mains. Il craint, à ce contact, un réveil de ses goûts de dépense et de prodigalité.

D'autre part, défense lui est faite d'aliéner d'une façon générale. La question s'est élevée de savoir si cette prohibition s'étendait même aux meubles corporels, et nos anciens jurisconsultes se prononçaient

pour la négative, le prodigue pouvant administrer. Mais, ni dans le Droit ancien, ni dans le Droit nouveau, l'affirmative n'a fait doute, quand il s'est agi d'aliénation de droits incorporels. La cession peut être très utile, nécessaire même dans certains cas, pour la conservation de la créance quant à son émolument; mais, presque jamais, elle n'est un pur acte d'administration.

La situation du prodigue est assimilable à celle que la loi du 28 février 1880 fait au mineur émancipé par mariage. La combinaison des deux paragraphes qui composent l'article 4 de cette loi, prouve, en effet, jusqu'à l'évidence, que jamais ce dernier ne peut transporter ses droits incorporels sans l'assistance du curateur.

II

Pouvoirs de la Femme sur ses créances et pouvoirs du Mari sur ces mêmes créances

Ces pouvoirs, ai-je dit, vont varier suivant le régime matrimonial. Les différents régimes matrimoniaux peuvent être rangés en trois groupes au point de vue qui nous occupe :

A. — Régimes sous lesquels la femme perd tout à la fois jouissance et propriété de ses créances : Régime de communauté.

B. — Régimes par suite desquels la femme conserve tout à la fois jouissance et propriété de ses créances : Régime de séparation de biens et régime dotal avec réserve de paraphernaux.

C. — Régimes qui la dépouillent de la jouissance de ses créances, mais lui en laissent la propriété : Régime de communauté avec exclusion des créances de cette communauté, régime exclusif de communauté et régime dotal

A

RÉGIMES SOUS LESQUELS LA FEMME PERD TOUT A LA FOIS JOUISSANCE ET PROPRIÉTÉ DE SES CRÉANCES : RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

Il est évident que la femme qui n'est plus titulaire de ses créances ne peut pas en disposer. Cette faculté est passée à la personne qui les a acquises, la communauté, véritable être moral dont le mari exerce tous les droits. Le mari pourra donc, par sa volonté seule, les transférer à son gré.

B

RÉGIMES PAR SUITE DESQUELS LA FEMME CONSERVE TOUT A LA FOIS JOUISSANCE ET PROPRIÉTÉ DE SES CRÉANCES : RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS, ET RÉGIME DOTAL AVEC RÉSERVE DE PARAPHERNAUX.

J'assimile ces deux régimes divers, parce que la clause de paraphernalité entraîne pour les objets sur lesquels elle porte véritable séparation de biens.

La femme séparée de biens a l'administration de sa fortune personnelle. Elle peut faire, sans autorie sation du mari ni de justice, tous les actes de cette nature. Après lui avoir accordé cette faculté, l'article 1449 ajoute : « Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. » Entend-il lui conférer à côté et en sus du

droit d'administration un droit de disposition limité à une certaine classe de biens, ou se contente-t-il de faire une application du principe qu'il a posé dans son premier paragraphe, l'aliénation des meubles ne constituant le plus souvent qu'un fait d'administration ?

La question est grosse de conséquences au point de vue pratique. Suivant que l'on se prononce pour la première ou la seconde de ces interprétations, on valide ou on annule les aliénations de meubles faites sans autorisation du mari ou de justice qui ne présentent point le caractère d'actes d'administration. C'est surtout relativement aux créances qu'il importe de prendre parti. Les cas seront assez rares en effet où le transport d'un tel droit constituera un fait d'administration.

La femme n'a jamais qu'un droit d'administration. Les deux paragraphes de l'article 1449 sont liés, et le second n'est qu'une des conséquences du premier.

En effet, l'article 217 porte que la femme, même non commune ou séparée de biens ne peut aliéner sans autorisation du mari. La contradiction entre les deux textes est évidente si l'on ne donne à l'article 1449 l'interprétation restrictive que je propose. Le législateur a craint qu'on ne voulût induire du premier de ces articles une prohibition absolue qui eût gravement entravé l'administration de la femme et, corrigeant ce qu'il avait d'excessif, il autorise les aliénations mobilières, actes d'administration.

Si donc, l'aliénation revêt la nature d'un acte de disposition, nous permettrons au mari et à la femme d'en demander la nullité pour défaut d'autorisation. Toutefois, dans l'intérêt des tiers que cette nullité va léser, nous nous montrerons faciles pour admettre la validité de l'acte. On n'en considérera que l'apparence. Semblait-il rentrer dans les faits d'administration, les tiers qui ne pouvaient apprécier son véritable caractère, quant au fond, se verront à l'abri de toute attaque. Mais ayons soin de noter que cette excuse de bonne foi sera accueillie moins vite par les tribunaux en matière de cession de créance que partout ailleurs. Il est exceptionnel qu'un simple administrateur ait besoin à ce seul titre de transporter des droits incorporels [1].

C

REGIMES QUI DÉPOUILLENT LA FEMME DE LA JOUISSANCE DE SES CRÉANCES MAIS LUI EN LAISSENT LA PROPRIÉTÉ.

Ce sont : le régime dotal d'une part ; les régimes de communauté contenant une clause de ce genre et le régime exclusif de communauté d'autre part. Il est essentiel d'étudier séparément la question pour le régime dotal, les difficultés qu'elle présente et la manière de les résoudre étant complètement différentes.

1. Nancy, 24 juin 1854, Sir. 54, II, 550 ; Poitiers, 3 février 1858, Sir 58, II, 660; Paris, 12 Mai 1859, Sir. 59, II, 561.

a. — *Régime dotal*

C'est le mari qui acquiert la jouissance des créances de la femme. Peut-il les aliéner ? La question se rattache à la fameuse controverse relative à l'inaliénabilité de la dot mobilière. N'ayant certes point à la traiter ici. Je me contente d'indiquer ma manière de voir. Je crois, avec la très grande majorité des auteurs que l'inaliénabilité de l'article 1554 ne frappe que les immeubles La conséquence logique en est que les créances, valeurs essentiellement mobilières, peuvent être aliénées par le propriétaire. Le propriétaire, c'est la femme. Cependant nous conférons ce droit de disposition au mari. Le législateur en effet, consacrant l'ancien système dotal, a investi le mari d'un pouvoir illimité d'administration, d'un mandat exorbitant et que rien n'entrave (art. 1549).

La jurisprudence en désaccord avec nous sur le principe, puisqu'elle déclare inaliénable la dot mobilière, n'en arrive pas moins à la même conséquence.

Le pouvoir d'administration du mari lui paraît si large que l'inaliénabilité elle-même ne va pas le restreindre. Il importe peu que l'opération déguise un fait de disposition, pourvu que ce soit à titre onéreux. La faculté de disposer à titre onéreux est si intimement liée à la jouissance et à l'administration des meubles que la jurisprudence n'hésite point à l'au-

toriser dans tous les cas. Le mari peut donc, sans le concours de la femme, céder valablement les créances dotales, qu'elles soient ou non actuellement exigibles ; transférer les rentes perpétuelles ou consentir, contre payement d'un capital, l'extinction d'une rente viagère [1].

Reposant sur un tel fondement, ce droit de disposition ne peut être étendu à la femme. Celle-ci, qui n'a point l'administration de la dot, ne peut transporter ses créances dotales, car, d'après la jurisprudence, elles sont grevées d'inaliénabilité. Elle ne le peut jamais avec l'autorisation de justice, quand bien même la réalisation de ce transport serait reculée à une époque où la jouissance du mari n'existera plus. L'obstacle en effet ne vient pas de cette jouisssance. Avec l'autorisation du mari, ce ne devient possible que si elle est donnée de telle façon que l'acte paraisse émaner du mari lui-même, être un exercice de son droit d'administration.

L'article 1551 confère au mari la propriété des objets mobiliers corporels apportés en dot par la femme et estimés dans le contrat de mariage, à moins qu'une déclaration contraire n'y ait été insérée. L'application de l'antique règle *æstimatio facit venditionem* dans cette hypothèse et dans toutes les autres, le pouvoir de disposition du mari amène ce résultat, que le plus souvent la femme n'aura qu'une

1. Paris, 14 janvier 1854, Sir., 54, II, 90 ; Caen, 26 mars 1862 Sir., 63, II, 62 ; Cass., 1er août 1866, Sir., 66, I, 368.

créance contre lui, aux fins d'obtenir, non point sa dot mobilière dans son individualité, mais la restitution de sa valeur. Elle ne peut céder cette créance à terme, car ce serait aliéner sa dot, puisqu'elle ne consiste plus pour elle que dans cette action en restitution contre son mari. Elle ne le peut, ni avec l'autorisation de justice, ni avec celle du mari dans aucun cas A quel titre celui-ci se prévaudrait-il d'un droit d'administration sur une créance qui ne prendra naissance qu'à une époque où la dot aura cessé d'exister ?

Avec le système généralement accrédité en doctrine et qui repousse le principe de l'inaliénabilité des meubles, aucune de ces conséquences ne se produit. La femme, munie des autorisations voulues, peut aliéner ses créances dotales, en tant que cela ne blesse pas la jouissance du mari. Elle peut transporter cette créance en restitution qui s'est substituée à la dot elle-même. Mais la jurisprudence est si absolue sur tous ces points que la question, fort discutée à l'école, ne se pose même plus au palais.

b. — *Régimes de Communauté excluant les Créances de la Communauté, et régime exclusif de Communauté*

Le mari peut-il, sous ces régimes, céder les créances de sa femme ? La question en contient en réalité deux. Peut-il se faire que le mari acquière la jouissance seule des meubles de sa femme ? N'en devient-il pas toujours propriétaire, sauf pour celle-ci,

reprise de leur valeur à la dissolution de la communauté ?

En cas d'affirmative, la question ne naît plus, telle que je l'ai posée. Le mari constitué propriétaire des créances de sa femme a sur elle tous les attributs de la propriété.

Première Question. — Le mari devient-il propriétaire des créances de sa femme ?

Je ne le pense point. Il peut y avoir sous les régimes de communauté des propres mobiliers parfaits, c'est-à-dire des meubles corporels ou incorporels dont la propriété continue de reposer sur la tête de celui qui les apporte.

La théorie que je combats a une part de vérité. Elle doit s'appliquer aux meubles dont la jouissance est inséparable de la disposition. Son vice vient donc de ce qu'elle est trop générale : elle est fausse spécialement quand on prétend l'appliquer aux créances.

L'argument principal sur lequel elle s'appuie est emprunté à l'histoire. Pothier enseignait en effet que la propriété de tous les meubles, corporels ou *incorporels* était transférée à la communauté [1]. Mais il est à remarquer que cet auteur n'a examiné la question qu'à un seul point de vue, relativement au droit de disposition du mari. Selon lui, des nécessités pratiques exigeaient impérieusement que le mari pût disposer en pleine liberté de tous les meubles de sa

1. N° 325.

femme et, ne pouvant faire reposer ce droit absolu de disposition sur une base qui lui parût satisfaisante, il était amené à lui conférer la propriété.

Pothier avait le tort de confondre deux questions absolument distinctes et, dans cette confusion même, de sacrifier le principe à une conséquence qu'il croyait inévitable et dont il ne voulait point.

Quelle que soit d'ailleurs la solution ancienne sur ce point, dans l'état actuel de nos textes, le doute ne saurait naître.

La question présente des intérêts pratiques autres que le droit de disposition. Si la propriété appartient toujours à la femme du chef de laquelle proviennent ces meubles corporels ou incorporels, leur perte ou détérioration fortuite sera pour le compte de celle-ci; mais par contre ce seront ces objets mêmes qu'elle pourra revendiquer, et elle ne sera point tenue de se contenter de leur valeur. Je puis facilement établir que ces conséquences ont été admises par le législateur. C'est donc que le principe l'a été lui aussi.

La situation de deux époux mariés sous un régime de communauté présente une similitude complète avec celle de deux individus liés entre eux par un contrat de société. Or l'article 1851 contient la disposition suivante : « Si les choses dont la jouissance « seulement a été mise dans la société sont des « corps certains et déterminés qui ne se consomment « point par l'usage, elles sont aux risques de « l'associé propriétaire. » J'avoue que ces expressions « corps certain », ne visent que les meubles

corporels, mais les motifs pour attribuer à la société la propriété des créances se présentant moins nombreux et moins forts que pour les meubles corporels, je conclus, par un argument *a fortiori*, que la solution relative à ceux-ci doit s'étendre aux premiers.

J'invoque en second lieu un texte pris au siége même de la matière. Il résulte de l'article 1532 que, si le mobilier se trouve exclu de la communauté, le mari est tenu de rendre à la dissolution la valeur des objets qui se consomment par l'usage. Cette distinction entre les meubles qui se consomment et ceux qui ne se consomment point par l'usage révèle une différence capitale entre les uns et les autres. Si le mari est obligé de restituer les derniers, et en particulier les créances, dans leur individualité, c'est à coup sûr que la propriété n'en a point été déplacée.

En vain se prévaut-on contre nous de l'article 1503 et de cette circonstance que sa disposition se trouve littéralement extraite de Pothier. Il porte que la femme a le droit de reprendre, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ses meubles non tombés en communauté. L'argument aurait une grande force s'il n'était emprunté à la réglementation d'un régime matrimonial *sui generis*. Les époux ont stipulé par cette clause, appelée *clause d'apport*, mettre en communauté leur mobilier, à concurrence d'un certain chiffre. Les objets dont la valeur atteint cette somme mise en communauté n'ayant point été spécifiés, il était inévitable de sacrifier à la communauté l'époux propriétaire de ces meubles et de ne

lui donner droit qu'à la restitution en argent de cet excédant de valeur.

Enfin, si la propriété mobilière passait à la communauté, on n'eût point cru nécessaire d'accorder par un texte formel les actions de cette nature au mari (art. 1420). Seigneur et maître de la communauté, il eût puisé dans ce titre des pouvoirs suffisants [1].

M. Troplong a voulu établir une distinction. D'accord avec nous lorsqu'il s'agit d'une clause soit expresse, soit virtuelle de réduction de communauté aux acquêts, c'est-à-dire de *réalisation totale* du mobilier, il enseigne que, si la réalisation n'est que partielle, les meubles réalisés n'en tombent pas moins en communauté. Dans la clause de réalisation partielle, dit-il, l'idée de communauté prédomine toujours; il n'en est plus de même dans la clause de réduction aux acquêts, qui a pour effet de créer un régime matrimonial, dont le fond est l'absence de communauté [2].

Ce motif futile est loin d'être suffisant pour justifier une différence de principes aussi profonde. La manière de voir de M. Troplong se heurte, d'ailleurs,

1. *Sic.*: Rodière et Pont, II, 1276; Aubry et Rau, V, § 522, note 26; Marcadé, *Sur l'art.* 1408, n° 8, et *Sur les art.* 1498 et 1499, n° 4; Cass., 9 juin 1836, *Sir.* 36, I, 649; Cass., 16 juillet 1856, *Sir.* 56, I, 865; Paris, 25 février 1838, *Sir.* 68, II, 176. — *Contra*: Delvincourt, III, part. I, p. 42; part. II, p. 78; Paris, 21 janvier, 15 avril et 14 mai 1837, *Sir.*, 37, II, 305-307.

2. III, 1902, 1936, 1937 et 1957.

aux articles 1497 et 1528. Ce sont les régles de la communauté légale, c'est-à-dire des régles uniformes, qui gouvernent les divers régimes pour tous les points sur lesquels la loi ou la lettre du contrat de mariage n'a introduit aucune modification.

Nous voilà fixés sur un premier point. J'en tire deux conséquences :

Première Conséquence. — La communauté, à la différence du régime dotal, est un régime de liberté; aussi la femme, restée titulaire de ses créances, pourra-t-elle les céder, pourvu qu'elle soit légitimement autorisée, et, sauf réserve de la jouissance du mari, si l'autorisation de justice est seule intervenue.

Deuxième Conséquence. — Le mari n'est point propriétaire de ces créances. S'il peut les transporter, ce ne sera donc pas à titre de propriétaire.

Deuxième Question. — Le mari ne puise-t-il pas, dans son titre d'administrateur du patrimoine propre de sa femme, un pouvoir suffisant pour justifier de tels actes? Nous l'avons admis sous le régime dotal. En sera-t-il de même sous celui de communauté?

Pothier, avons-nous vu, ne croyait pas que ce fût possible et, voulant à tout prix lui conférer cette faculté de libre disposition, il en était arrivé à lui attribuer la propriété de ces objets.

MM. Aubry et Rau n'ont point été arrêtés par les scrupules de Pothier et, sans reconnaître au mari un

droit de propriété, ils lui permettent de céder des créances qui ne lui appartiennent pas [1].

Avant d'attaquer le fond même de cette théorie, constatons une certaine inconséquence chez ses défenseurs qui osent invoquer les précédents historiques, et en particulier l'opinion de Pothier. Est-ce qu'elle ne devient pas une arme contre eux, puisque nos anciens auteurs jugeaient antirationnel de séparer le droit de disposition du droit de propriété ?

Ils pensaient bien. Pour aliéner il faut être propriétaire. C'est un principe élémentaire que nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Ne voilà pas un simple adage banal, ayant cours dans les livres. Le principe est consacré par la loi positive : « La vente de la chose d'autrui est nulle. » (art. 1599).

Votre conclusion se résout en une pétition de principe, nous dit-on. L'exactitude de l'idée sur laquelle elle repose est loin d'être absolue, et on rencontre des personnes qui, sans être propriétaires, ont cependant le droit d'aliéner. C'est, par exemple, sans quitter le contrat de mariage, le mari sous le régime dotal. Il s'agit précisément de savoir si le mari ne trouve pas en sa double qualité de chef de la communauté et d'administrateur des biens personnels de la femme, le pouvoir d'aliéner les meubles et spécialement les créances réalisées de cette dernière. Or,

1. V, § 522, note 33.

l'affirmative est évidente, continue-t-on, elle résulte de deux chefs de l'article 1428 :

1° Le mari peut exercer les actions mobilières. On doit en conclure qu'il peut disposer des effets mobiliers, car il a toujours été de principe qu'il faut pouvoir disposer d'une chose pour agir en justice sur cette chose.

2° L'article 1428 ne fait porter que sur les immeubles de la femme l'interdiction de les aliéner sans le consentement de celle-ci. N'est-ce pas reconnaître implicitement le pouvoir d'aliéner les meubles sans ce concours ?

Il est bien vrai que parfois la disposition des meubles est confiée à un simple administrateur ; mais j'ai tenu à établir que la situation était exceptionnelle, privilégiée et qu'en règle, pour aliéner même un meuble, le titre de propriétaire est essentiel. Est-ce que les arguments sur lesquels on veut faire reposer ici une exception, sont de nature à déterminer une conviction ? Non.

Et d'abord il est inexact d'induire le droit d'aliéner du droit d'agir en justice. L'aliénation fait sortir d'un patrimoine l'objet sur lequel elle porte. L'action en justice a un but tout opposé : Assurer la conservation de cet objet dans le patrimoine, ou même l'y faire rentrer s'il s'agit d'une demande en revendication.

Cette différence essentielle, radicale entre ces deux catégories d'actes n'a pas échappé au législateur et, quelques inconvénients qu'il trouve à autoriser l'introduction périlleuse d'une action par le simple

administrateur, il s'est montré moins difficile qu'en fait d'actes de disposition. Le tuteur, par exemple, peut intenter les actions immobilières avec l'autorisation simple du conseil de famille (art. 464) ; tandis que pour aliéner ces immeubles, il doit obtenir en plus l'homologation du tribunal (art. 458).

Conclure des actions mobilières à l'aliénation des meubles, c'est conclure du moins au plus, ce qui n'est jamais légitime et, en matière exceptionnelle, moins que partout ailleurs.

Pas plus solide n'est le second argument tiré de l'article 1428. Généralement on y fait la réponse suivante. On dit : Si le législateur n'a point parlé des meubles, c'est que nous sommes sous la communauté légale, régime d'après lequel aucun meuble ne reste en dehors de cette communauté. Il a paru superflu de règlementer une situation impossible en fait.

Cette réponse pèche à un double point de vue.

D'abord, il peut très bien arriver que, même sous la communauté légale, des meubles soient propres à l'un ou à l'autre des époux. L'article 1401 1° autorise en effet un donateur d'effets mobiliers à imposer l'exclusion de communauté pour l'objet de sa libéralité.

En second lieu, la possibilité d'une telle situation, malgré son caractère exceptionnel, est entrée dans les prévisions du législateur quand il écrivait l'article 1428. Sans cela, on ne comprend plus la disposition

que renferme ce texte, relativement aux actions mobilières.

Je laisse donc de côté ce moyen de repousser l'objection ; mais il en est un autre auquel reproche semblable ne peut être fait. L'article 1428 pose en principe, que le mari a l'administration des propres de sa femme. Telle est la base de toute sa théorie sur cette matière : il défend l'aliénation des immeubles parce que jamais elle ne constitue un simple acte d'administration ; mais il ne pouvait, sous peine de contradiction, se montrer aussi absolu pour les meubles. En tant qu'il veut administrer, le mari peut les aliéner ; en tant qu'il veut disposer, il a les mains liées. L'explication que je donne de l'article 1428 est analogue à celle que j'ai présentée sur l'article 1449. L'article 217 défendait à la femme d'aliéner, sans restriction d'aucune sorte. L'article 1449 lui restitue ce pouvoir, en tant qu'elle le mettra au service de son pouvoir d'administration. De même ici l'article 1428 n'enlève point au mari le droit d'aliéner les meubles, comme il fait pour les immeubles, parce qu'il faut le lui laisser dans l'intérêt de son administration.

Cette justification des termes mêmes de l'article 1428 m'amène à repousser les arguments de raison que l'on oppose avec tant de vigueur à cette théorie.

Refuser au mari, dit-on, la faculté d'aliéner les meubles corporels, de transporter les créances, c'est le placer, au grand détriment de la communauté, dans l'impossibilité de convertir en deniers produc-

tifs des objets peut-être inutiles au ménage, en immeubles d'un grand revenu des créances sujettes à dépérissement.

Tout cela, le mari pourra le faire avec le concours de sa femme. Si elle s'y refuse maladroitement, il ne le pourra pas moins, parce que ce sera le fait d'un bon administrateur. On devra même se montrer facile pour admettre la validité de ces actes et, par cela seul qu'ils auront l'apparence d'actes d'administration, ils seront inattaquables. Les tiers, en effet, avec lesquels contractait le mari étaient dans l'impossibilité de se rendre compte du véritable caractère de l'opération quant au fond. Leur bonne foi aura été le plus souvent invincible.

Ma théorie est donc ici absolument conforme à celle que j'ai formulée sur l'article 1449. La femme séparée de biens ne peut aliéner ses créances que dans les limites d'une sage administration. Le mari ne peut aliéner sous les divers régimes de communauté les créances propres de sa femme que dans les mêmes limites. C'est en ce sens que s'est formée la jurisprudence [1].

Sur ces deux situations, puisque je les ai réunies, je puis faire une remarque commune. Le principe est la prohibition du transport. Nous avons constaté, en nous occupant du mineur, que la conversion de

1. Cass. 2 juillet 1840, Sir. 40, I, 887; Paris, 3 janvier 1852, Sir. 52 II, 133; Cass. 5 novembre 1860, Sir. 61, I, 49; Cass. 4 août 1862, Sir. 62, I, 938. Comp.: Marcadé, *Sur les art.* 1428, n° 2. et 1499 n° 4; Rodière et Pont, II, 1279; Laurent, XXIV, nos 162, 163 et 164.

titres nominatifs en titres au porteur avait pour conséquence indirecte d'amener la faculté absolue de céder les droits qu'ils constatent. Aussi, bien que nous n'ayons point de texte comme pour le mineur [1], n'en devons-nous pas moins interdire ici une telle opération. Il ne peut être permis de pratiquer indirectement ce que la loi interdit de faire directement.

§ 2

INCAPACITÉ D'ACHETER DES CRÉANCES

Rien ne s'oppose en raison à ce qu'un tuteur ait des intérêts opposés à ceux du mineur ou de l'interdit. Les intérêts de ceux-ci seront pris alors par le subrogé-tuteur, chargé de représenter le pupille toutes les fois qu'un pareil conflit s'élève.

Mais, si un tel état de choses est possible, il n'est pas désirable, et c'est pour l'empêcher que le législateur a inséré dans l'article 450 la prohibition suivante: « Le tuteur ne peut accepter la cession d'au-« cun droit ou créance contre son pupille. »

Cette interdiction d'acheter a été inspirée en outre par deux autres motifs:

Assez souvent ces opérations ne se font que moyennant renonciation de la part du créancier à partie de son droit. Le devoir du tuteur est de procurer cet avantage à son pupille, et, l'autoriser à conclure

1. Loi du 28 février 1880, art. 6.

l'affaire pour lui, c'eût été le mettre entre ce devoir et son propre intérêt.

D'autre part, il serait à craindre que le tuteur, aujourd'hui créancier, ne supprimât les quittances, titres, remises, reconnaissances, etc., qui établissent la libération du mineur. Sans doute un inventaire a eu lieu; mais ces pièces ont pu être soustraites à cette formalité, et c'est en vertu de la même considération que le tuteur est obligé de déclarer dans l'inventaire s'il lui est dû quelque chose par le mineur (art. 451).

Cette prohibition n'est pas de Droit nouveau. Elle remonte, avons-nous vu, à la législation romaine, dans laquelle elle fut introduite par Justinien [1].

Notre ancien Droit coutumier la reproduisit, mais en supprimant la sanction rigoureuse qu'y avait attachée l'empereur romain. La Novelle libérait le mineur vis-à-vis du créancier primitif et vis-à-vis du tuteur, et laissait persister la convention intervenue entre ceux-ci. L'ancien Droit se contenta de frapper de nullité la cession, et laissa persister, au contraire, la dette du mineur vis-à-vis du cédant.

Les motifs de cette incapacité servent, jusqu'à un certain point, à en déterminer l'étendue. Le tuteur peut légitimement devenir créancier de son pupille, soit par voie de succession testamentaire ou *ab intestat*, soit même par voie de donation. Ces diverses hypothèses excluent, en effet, la pensée de spécula-

1. Novelle, LXXII, chap. V.

tion, et tout soupçon contre le tuteur disparaît. D'ailleurs le terme *cession*, dont se sert l'article 450, a un sens clair et précis. Il s'entend uniquement dans le langage usuel de la cession à titre onéreux, et c'est en effet au titre de la vente que le Code civil traite de la cession de créances.

De cette idée que la cession seule est interdite, je tire une autre série de conséquences. Le tuteur peut payer une dette au nom de son pupille, et il bénéficiera du recours tel quel que le droit commun accorderait à un étranger. Il jouira en particulier de toutes les garanties dont était investi le créancier désintéressé, s'il se trouve dans un cas de subrogation légale, si, par exemple, il a soldé la dette, parce qu'il était personnellement intéressé à l'éteindre. Il en sera de même si cette subrogation n'est que conventionnelle. Je me réserve en effet de montrer, plus tard, qu'il serait contraire aux principes d'attacher à une subrogation quelconque les caractères de la cession.

Signalons, en passant, une inconséquence de M. Duranton. Il voit, dans la subrogation conventionnelle, un véritable transport. Mais, touché des grands avantages que peut retirer un mineur de l'extinction d'une dette onéreuse avec les deniers de son tuteur, il autorise celui-ci, qui craint de rester à découvert s'il n'a point les mêmes garanties que le créancier, à stipuler une subrogation conventionnelle avec l'autorisation du conseil de famille [1].

1. III, n° 602.

L'inconséquence est manifeste.

Ou la subrogation conventionnelle est la même chose qu'une cession de la créance, et alors le conseil de famille est impuissant à autoriser le tuteur, car l'acquisition d'un droit contre le mineur lui est un acte absolument interdit.

Ou la subrogation conventionnelle n'est qu'un paiement avec une modalité particulière, et alors le tuteur est maître absolu de la stipuler, s'il lui convient [1].

Toutefois l'intervention du conseil de famille aura son utilité dans cette seconde branche de l'alternative qui est la nôtre. La subrogation conventionnelle tient de très près à la cession ; elle peut servir à cacher une opération de ce genre et, c'est ce qui a lieu en particulier toutes les fois que le subrogé acquiert libération moyennant une somme inférieure au chiffre nominal de la dette, et, dissimulant cette circonstance, agit contre le débiteur pour la somme totale. Le tuteur, qui craindrait d'être inquiété de ce chef, agira prudemment s'il fait constater par le conseil de famille la sincérité de la subrogation.

Si la prohibition de l'article 450 ne frappe que la cession à titre onéreux, elle frappe toute cession de cette nature et l'on ne saurait transporter ici d'une façon générale les exceptions énumérées dans l'ar-

1. Mourlon, *Traité des Subrog. personn.*, pp. 29 et 32.

ticle 1701 et qui restreignent la prohibition décrétée par l'article 1699.

L'application de la première de ces exceptions serait seule juridique. Si le tuteur était, avec son pupille, copropriétaire d'une créance, l'attribution à son profit, même par licitation, de la totalité du titre, devrait être respectée. La fiction de l'article 883 écarte en effet toute idée de cession.

Il est entendu que la simulation à l'aide de laquelle le tuteur eût cherché à échapper à la loi ne le sauvera point de son application si elle vient à être découverte.

Le champ d'application de l'article 450 est circonscrit. Reste à résoudre la grosse question. Quelle sera la sanction d'une infraction à cette règle? Faut-il revenir à celle si rigoureuse du Droit romain, laisser persister la convention, et déclarer cédant et cessionnaire déchus de toute action vis-à-vis du mineur? Ou au contraire ne doit-on pas, à l'exemple de nos jurisconsultes coutumiers, corriger ce que la législation de Justinien avait ici d'excessif? C'est à ce second parti que je me range.

Pour soutenir que la sanction romaine a été reproduite, voici, indépendamment de l'argument historique, les raisons sur lesquelles on s'appuie :

Cette sanction est la seule qui soit efficace. Peut-être le tuteur, dans l'ignorance de l'incapacité qui le frappe, a-t-il pratiqué l'opération, et pour en retirer les avantages, a-t-il déjà détruit les titres de libéra-

tion. Si le transport seul est annulé, voilà un cédant qui n'était plus créancier et qui va bénéficier de cette fraude pour voir revivre son droit.

Sans doute la peine est grave pour le tuteur, puisqu'il va perdre le prix de la cession ; mais c'est à lui seul qu'il peut imputer cette perte. « Il fallait, comme « le dit M. Demolombe, qu'il s'abstint d'une opéra- « tion dont les seuls instincts de la délicatesse et du « devoir auraient dû le préserver, dans le cas même « où il n'aurait pas connu la loi » [1].

Ces arguments, malgré une certaine part de vérité, ne peuvent nous amener à prononcer, dans le silence de la loi, une sanction aussi rigoureuse que celle qu'ils ont pour objet de faire prévaloir.

Plus la peine est grave, moins il est possible de l'admettre par voie de simple interprétation.

Nos pays coutumiers l'avaient rejetée et tout porte à croire que les rédacteurs du Code civil s'en sont référés de préférence à la législation qui précédait immédiatement celle qu'ils élaboraient.

La déchéance qui n'est point dans le texte ne résulte pas davantage des motifs de la loi. On a voulu prévenir l'opposition d'intérêts entre le mineur et son représentant légal. Or, la prohibition préventive que contient l'article 450 suffira le plus souvent. Si en fait il n'en a pas été ainsi, la perte que l'on veut faire subir au tuteur repose sur la présomption

1. Caen. 17 mars 1813 ; Delvincourt, I, p. 119, note 2 ; Duranton III, n° 600 ; Marcadé, II, art. 450, n° 3.

d'une fraude dont pourrait profiter le créancier primitif. Or, ce n'est que dans les cas les plus rares que la loi présume la fraude. Elle le fait, il est vrai, dans l'hypothèse de l'article 451 et enlève au tuteur le bénéfice de son titre de créancier ; mais la situation est bien différente. La prétention du tuteur est autrement suspecte quand, après avoir été interpellé par l'officier public de déclarer s'il lui est dû quelque chose par le mineur, il a répondu négativement et qu'il vient ensuite contredire son propre aveu.

Déclarer qu'une convention ne peut avoir lieu, c'est la frapper de nullité pour le cas où elle interviendrait, c'est remettre les choses au même et semblable état où elles se trouvaient avant sa passation. Telle est en effet la sanction qui s'attache aux conventions illicites (art. 1131 et 1133).

Le cédant recouvre donc ses droits contre le mineur et sera tenu de rembourser au tuteur le prix de la cession [1].

Quel est le caractère de cette nullité ? Est-elle absolue ou relative ? Le mineur ne pourrait-il pas respecter la convention s'il y trouvait son intérêt ?

Oui. A défaut de sanction spéciale décrétée par l'article 450, il faut s'en référer aux principes généraux.

Quand une nullité n'a été introduite que dans l'intérêt d'une personne déterminée, cette personne seule

1. Duvergier, sur Toullier, I, n° 1232, note *a* ; Ducaurroy, I, n° 649 Demolombe, VII, n° 767 ; Aubry et Rau, I, § 116, 3° ; Valette, sur Proudhon, II, p. 399 ; de Fréminville, II, n° 794.

a qualité pour l'invoquer. Or il n'est pas douteux que la prohibition de l'article 450 n'ait été créée dans l'intérêt du mineur seul. Cette conclusion est d'ailleurs très conforme à toute la théorie de la tutelle.

Si le mineur n'a point demandé la nullité, il pourra se faire tenir quitte par le tuteur en lui payant les sommes qu'il a réellement déboursées pour obtenir la cession. Le tuteur s'est procuré, moyennant huit mille francs, une créance contre son pupille d'une valeur nominale de dix mille francs. Celui-ci se libérera en versant huit mille francs à son tuteur. C'est une sorte de retrait de l'opération au profit du mineur que j'autorise ici plutôt qu'un maintien véritable de la cession.

M. de Fréminville [1] a contesté que ce fût possible, et il invoque au soutien de son opinion l'observation du Tribunal d'appel d'Orléans qui demandait que l'on concédât expressément cette faculté au pupille [2]. On ne la trouve pas dans le code. Que conclure de là, sinon que la manière de voir du tribunal d'Orléans ne fût adoptée ?

La conclusion est trop hardie. Peut-être a-t-on cru superflu d'insérer une telle disposition dans la loi? Elle découle, en effet, du motif même qui a fait établir la prohibition. Le tuteur aurait du, pour remplir complètement les devoirs que ses fonctions lui imposaient, conclure l'affaire pour le compte de son pupille.

1 *Loc. cit.*, n° 795.

2 *Fenet*, V, p. 49,

Voilà pourquoi nous autorisons celui-ci à en réclamer le bénéfice.

Telle était la solution admise dans notre ancien Droit « On accordait seulement au tuteur ce qui lui « en a coûté pour le prix du transport [1]. »

SECTION II

Quelles créances peuvent être cédées ?

Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation (art. 1598). La cessibilité va donc former, comme toute à l'heure la capacité, la règle, et l'incessibilité, comme l'incapacité, constituera l'exception.

§ 1er

EXAMEN DE LA RÈGLE

Aussi bien que les créances actuellement existantes et sujettes à paiement immédiat, les créances à terme, les créances conditionnelles et les créances futures (art. 1130) peuvent être l'objet d'un transport par anticipation, Le cessionnaire en est approprié avant même leur naissance, s'il remplit d'ailleurs les formalités voulues [2].

Par application de ces principes, sont valables :

La cession même effectuée pendant le mariage

1. Meslé, part. I, ch. XI, n° 19 ; Demolombe, VII, n° 768 ; Aubry et Rau, I, § 116, 3°, note 10.

2. Cass., 29 janvier 1873, Sir., 76, I, 12.

de gains de survie stipulés par l'un ou l'autre des époux.

La cession du prix d'un office ministériel même avant la nomination du titulaire [1].

La cession de l'action en indemnité contre une compagnie d'assurances, ou du recours éventuel contre les locataires et voisins avant l'arrivée du sinistre qui donnera ouverture à cette action ou à ce recours [2].

La cession de sa part éventuelle du prix de licitation par le copropriétaire d'un immeuble [3].

La Cour de Paris, poussant en quelque sorte cette théorie jusque dans ses dernières limites, a décidé que l'indemnité accordée aux émigrés avait pu être transportée avant même que la loi d'indemnité du 27 avril 1825 eût été promulguée [4].

Pour que la cession de créances futures produise effet, il est nécessaire que le principe, le germe de cette créance existe au moment de la cession. Ainsi il a été jugé qu'un entrepreneur ne peut céder la créance qui lui reviendra à raison de travaux non encore exécutés s'il n'est pas établi qu'à l'époque de la cession il existait avec le débiteur cédé une con-

1. *Sic*: Cass., 16 janvier 1849, Sir., 49, I, 282; Paris, 11 janvier 1851, Sir. 51, II, 6; Cass., 11 décembre 1855, Sir., 56, I, 42. — *Contra*: tribunal de la Seine, 5 avril 1843, Sir., 43, II, 402; Bourges, 11 décembre 1844, Sir., 46, II, 271.

2. Cass., 24 novembre 1840, Sir., 41, I, 45; Amiens, 24 juillet 1841, Sir., 41, II, 93.

3. Orléans, 1er mars 1873, Sir. 73, II, 300.

4. Paris, 26 août 1841, Dall., *rép.* 43, v°. *Vente*, n° 1741.

vention de travaux à faire auxquels se référait cette créance. Ce ne sera qu'un simple engagement personnel qui liera l'entrepreneur à ce cessionnaire prétendu [1]. Mais si, à l'époque de l'opération, il avait été passé un traité relatif à ces travaux, le transport vaudra comme tel.

Une distinction de même nature doit être faite en ce qui concerne les produits d'une œuvre littéraire. Le produit d'œuvres projetées qui n'ont encore fait l'objet d'aucun traité avec un éditeur n'est pas susceptible de cession [2]. Du jour où une convention a été conclue entre l'auteur et l'éditeur, cette cession devient possible [3].

Les créances futures pouvant faire l'objet d'un transport anticipé rien ne paraît s'opposer à la cession du droit de recueillir les arrérages d'une rente perpétuelle ou viagère, ou les fermages d'un immeuble.

La Cour de Caen, dans un arrêt du 5 mai 1836, s'était prononcée en sens contraire et n'admettait pas, en particulier, que les arrérages à échoir d'une rente pussent être efficacement cédés sans le fond même de la rente [4].

Cette manière de voir était toute nouvelle [5]. Elle fut vigoureusement combattue par M. Demolombe comme

1. Cass., 7 août 1843, Sir., 43, I, 775.
2. Paris, 30 janvier 1854, Sir, 54, II, 734.
3. Paris, 27 novembre 1854, Sir., 56, II, 47.
4. Sir., 36, II, 338.
5. Rouen, 28 novembre 1825, Sir., 26, II, 214 ; Cass, 21 juin 1815, Sir., 15, I, 408.

violant l'article 1130, et depuis elle n'a pas été reproduite.

Il me semble d'ailleurs qu'elle a été législativement repoussée par la loi du 23 mars 1855. L'article 2 n° 5 de cette loi suppose une cession de loyers ou fermages non échus indépendante de la cession du bail lui-même. Or, aucune différence ne peut se rencontrer sous ce rapport entre des loyers et fermages d'une part, et des arrérages de rente d'autre part.

L'aliénabilité est d'ordre public, aussi les créances cessibles de leur nature ne peuvent en général être déclarées incessibles par convention (*arg.* des art. 544, 1172, 1594, 1598 et 1931. Comp. art. 581, proc. civ.).

§ II

EXAMEN DES EXCEPTIONS

Une créance peut se trouver incessible par suite d'une prohibition générale d'aliéner dans certaines circonstances. Ainsi, aux termes de l'article 1599, la vente de la chose d'autrui est nulle. Ces exceptions au principe de l'aliénabilité ne sont point celles qui me retiendront, par un motif analogue à celui que je donnais déjà à propos de la capacité. Je laisse de côté les règles communes aux ventes de toute espèce de choses.

Les créances incessibles sont;

1° Les parts éventuelles dans le produit des prises maritimes [1];

2° Les traitements de réforme, les pensions militaires ou civiles et celles de la Légion d'honneur [2];

3° Les rentes viagères de la caisse des retraites pour la vieillesse ; les rentes viagères attachées à la médaille militaire ; enfin les sommes attribuées aux engagés et réengagés volontaires après libération, par les articles 12 et 13 de la loi sur la dotation de l'armée [3].

Toutefois il est essentiel de remarquer que celles de ces pensions ou rentes qui sont susceptibles d'être saisies, soit exclusivement pour certaines causes, soit d'une manière absolue, mais jusqu'à concurrence seulement d'une somme ou quotité déterminée, peuvent, dans la même mesure, former l'objet d'une cession [4].

1. Loi du 1er octobre 1793, art. 46; arrêté du 19 ventôse an IX, art. 42.

2. Déclaration du 7 janvier 1779, art. 1 et 13; loi des 18-22 août 1791, art. 4; arrêté des consuls du 7 Thermidor an X; avis du Conseil d'Etat des 23 janvier, 2 février 1808; ordonnances des 27 août 1817 et 26 avril 1823; loi sur les pensions de l'armée de terre du 11 avril 1831, art. 28; loi sur les pensions de l'armée de mer du 18 avril 1831, art. 30; loi sur l'état des officiers du 19 mai 1834, art. 20; loi du 21 juin 1845, art. 7; loi sur les pensions civiles du 9 juin 1853, art. 26; Code de procédure, art. 580; décret du 14 mai 1856, art. 35, relatif aux pensions des artistes, employés et agents du théâtre national de l'Opéra.

3. Loi des 8 mars, 12 et 18 juin 1850, art. 5, al. 3; décret du 28 février 1852, art. 3; décret du 24 mars 1852, art. 3; loi du 26 avril 1855, art. 18.

4. Avis du Conseil d'Etat des 22 décembre 1807, 11 janvier 1808; loi du 11 avril 1831, art. 28; loi du 18 avril 1831, art. 30; loi du 19 mai 1834, art. 20; loi des 8 mars, 12 et 18 juin 1850, art. 5, al. 3; loi du 9 juin 1853, art. 18.

Dans ces différentes hypothèses, nous avons un texte qui prononce l'incessibilité. Il est donc obéi à la lettre même de l'article 1578. Mais les textes ne peuvent pas tout prévoir et les dispositions virtuelles, celles qui résultent des principes admis, n'en sont pas moins la loi. C'est à la doctrine et à la jurisprudence de les dégager par une interprétation qui n'ait rien de téméraire.

Pour simplifier les difficultés auxquelles cette sorte de pouvoir discrétionnaire, soumis, bien entendu, au contrôle de la cour de cassation, puisqu'il s'agit d'interpréter la loi, peut donner lieu, des auteurs ont voulu trouver un criterium commun qui permît de les résoudre par un mode uniforme.

Les uns posent en principe que tout ce qui est transmissible par succession, l'est également par voie de cession. C'est la reproduction d'une règle que les Glossateurs prétendaient trouver dans le Droit romain.

D'autres cherchent ailleurs une formule générale. Ils enseignent que l'obstacle, s'opposant à l'exercice d'un droit par les créanciers (art. 1166), en empêchera également la cession [1].

Ces diverses formules, faites d'avance, ont toutes un inconvénient commun. Sans lever la difficulté, elles ne font que la reculer. Sur la plupart des droits dont la nature donne lieu à notre discussion actuelle, on se demande, avec la même incertitude, s'ils sont

1. Troplong, I, 224 et suiv.

transmissibles aux héritiers, s'ils sont ou non susceptibles d'être exercés par les créanciers.

Mais cette insuffisance, sous le rapport de l'application pratique, n'est que leur moindre vice et je les prétends inexactes en théorie.

Beaucoup de droits passent aux héritiers qui ne peuvent être transportés à des étrangers.

Ainsi le retrait successoral est transmissible par voie de succession. L'objet même de ce retrait s'oppose à ce qu'il soit cédé. Une différence entre les héritiers et les cessionnaires se justifie très bien. Les premiers représentent leur auteur, sont en quelque sorte sa personnalité continuée, qualité qui fait défaut au simple cessionnaire.

A l'inverse, il est des droits qui, intransmissibles aux héritiers parce qu'ils s'éteignent par la mort du titulaire, peuvent être l'objet d'un transport. Tel est l'usufruit.

Le criterium de M. Troplong n'est pas plus sûr. La plupart des droits dont l'article 1166 enlève l'exercice aux créanciers parce qu'ils sont exclusivement attachés à la personne peuvent faire l'objet d'une cession. La loi ne veut point qu'ils soient mis en action contre la volonté du débiteur ; mais précisément, la cession supposant le concours de cette volonté avec celle du cessionnaire, l'obstacle a disparu. Ainsi, par exemple, l'action en dommages-intérêts pour crimes ou délits commis contre la personne est évidemment cessible, et cependant on la regarde généralement comme ne pouvant être exercée par les créanciers.

Mieux vaut donc dire avec MM. Aubry et Rau : « Il faut, pour la solution de cette question, s'attacher à la nature et aux caractères particuliers « du droit à l'occasion duquel elle s'élève, au but « dans lequel il a été établi, aux conditions de son « exercice et à l'analogie qu'il peut présenter avec « d'autres droits dont la loi avait expressément autorisé ou interdit la cession » [1].

Partant de ces données, on doit considérer comme incessibles les traitements d'activité des fonctionnaires publics et des militaires, dans la mesure du moins de leur insaisissabilité [2].

Doit-on valider une cession de pension alimentaire ? Il faut distinguer suivant le titre constitutif de la pension. Une créance alimentaire peut résulter : A. — de la loi ; B. — d'une convention à titre onéreux ; C. — d'une donation ou d'un testament.

A. — *Elle résulte de la loi.* — Il s'agit d'aliments dus *ex jure sanguinis*, par un ascendant à ses descendants, ou inversement (art. 203-209). Ils ne peuvent être l'objet d'une cession pas plus que d'une saisie. Le droit de demander ces aliments est en effet inhérent à une qualité naturelle et intransmissible : il dérive de devoirs tout personnels, la parenté ou l'alliance [3].

1. IV, § 359, p. 422.

2. Comp.: loi du 19 Pluviose, an III ; loi du 21 Ventôse, an IX ; art. 580, Code de proc. civ.

3. Troplong, *Vente*, I, n° 227, *Transactions*, n° 95 ; Paris, 7 Floréa an XII, Sir., 4, II, 132 ; Bruxelles, 17 juin 1807, Sir., 7, II, 325.

Ne peut-on pas au moins aliéner les arrérages de la rente alimentaire, ce que nos anciens auteurs appelaient *commoditatem alimentorum?* En principe non. Toutefois il est un cas exceptionnel où je l'autoriserais. Le transport a été fait par le bénéficiaire de la pension à ses fournisseurs, à la charge d'être complètement entretenu des choses nécessaires à la vie; il doit être maintenu. Mais le cessionnaire n'en court pas moins un péril. Le quantum de la pension alimentaire varie suivant la fortune de celui qui la sert et les besoins de celui qui la reçoit (art. 209). Le fournisseur verra son droit de créance subir ces diverses fluctuations en vertu du principe: « Nemo « plus juris ad alium transferre potest quam ipse « habet. »

B. — *Les aliments sont dûs en vertu d'une convention à titre onéreux.* — Ils sont cessibles quant au titre et quant à l'émolument. Il ne peut dépendre d'une personne de rendre partie de ses biens incessibles et insaisissables en qualifiant de créance d'aliments les obligations qu'elle stipule. L'article 1981 est d'ailleurs formel en ce sens.

C. — *Les aliments sont dûs par suite d'une libéralité entre-vifs ou testamentaire.* — La question devient l'objet d'une très grosse controverse. Ce qui fait que la pension alimentaire *ex jure sanguinis* est, de l'aveu de tous, non susceptible de cession, c'est que, reposant sur la parenté, elle est intransmissible comme cette parenté d'où elle dérive. L'argument ne peut

être invoqué ici. Les motifs d'incessibilité sont donc moindres. Il en résulte, par un *a fortiori* indiscutable, que, dans la mesure très restreinte où nous avons autorisé la cession des arrérages alimentaires légaux, celle des arrérages alimentaires résultant de donation ou de testament sera possible.

Mais établirons-nous une identité absolue et les déclarerons-nous l'une et l'autre également interdites dans les mêmes cas ?

En vertu de l'article 581 du Code de Procédure civile, de pareilles créances sont en principe insaisissables. Elles ne peuvent pas non plus, aux termes des articles 1003 et 1004 du même code, faire l'objet d'un compromis. La question est de savoir si l'on doit conclure de l'insaissisabilité et de l'interdiction de compromettre à l'inaliénabilité.

Pour la négative on argumente ainsi :

Un rapport aussi absolu entre l'insaissisabilité et l'inaliénabilité serait inexat. Les rentes sur l'État sont peut-être, de toutes les créances, celles dont le transport est le plus simple en pratique, et pourtant elles sont frappées d'insaissisabilité.

L'interdiction de compromettre n'entraîne pas davantage celle d'aliéner. Un tuteur peut, au moins avec certaines formalités, aliéner les créances du mineur, sur lesquelles il n'a pas le droit de compromettre.

Enfin, l'article 582 du Code de procédure civile autorise les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'acquisition du legs à exercer des poursuites sur

l'émolument de la rente alimentaire. C'est autoriser l'aliénation indirecte. Il ne se peut que la loi interdise d'en venir là directement.

Rien ne justifie donc l'existence d'une exception à la règle que toutes les créances sont dans le commerce (art. 537 et 1598) [1].

Je ne trouve point, malgré ces décisions nombreuses de la jurisprudence, les diverses analogies, sur lesquelles elle appuie sa solution, concluantes, et, quelque grave que soit la dérogation aux principes généraux qui va résulter de ma manière de voir, je pense qu'ici l'insaissisabilité et l'impossibilité de compromettre vont entraîner l'incessibilité.

Rejetons d'abord l'argument tiré de l'article 582 du Code de procédure civile. La saisie sera bien ouverte à certains créanciers ; mais en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il aura déterminée. C'est là une garantie bien sérieuse que la pension alimentaire ne sera point détournée de son véritable but. Pourrait-on imposer une restriction de cette nature à la cessibilité, afin de rétablir l'équilibre entre l'aliénation directe et l'aliénation indirecte? La négative s'impose. Les tribunaux ne sont point créés pour donner des autorisations. Sous peine de sortir de leurs attributions, ils ne peuvent le faire que dans

1 Odier, *du contrat de mariage*, I, 88 ; Rodière et Pont, *du contrat de mariage*, I, 353 ; Larombière, *des obligations*, I, art. 1128, n° 10 ; Toulouse, 26 août 1874, Sir.,75, I, 346. Voyez en outre les motifs des arrêts suivants : Cass., 31 mai 1826, Sir., 26, I, 447 ; Cass., 22 février 1831, Sir., 31, I, 107 ; Cass., 1er août 1844, Sir., 44, I, 468.

les cas où la loi leur confère ce droit. Toute garantie de l'utilité de la cession manquerait donc.

Sans doute certaines créances insaisissables peuvent être cédées et telles sont, au premier chef, les rentes sur l'Etat. Mais si nous recherchons les motifs de cette insaisissabilité, nous constaterons que c'est en dehors de toute considération tirée de la personne du crédi-rentier qu'elle a été créée. Le législateur n'avait qu'un but en le faisant : rehausser la valeur de ces rentes. Quand bien même la loi n'en eût pas formellement admis la cession, ce serait directement aller contre ce but qu'elle a voulu atteindre que de conclure de leur insaisissabilité à leur incessibilité. L'insaisissabilité d'un droit est un grand avantage pour son titulaire, puisqu'il acquiert la certitude de n'en être point dépouillé sans son gré. L'incessibilité tourne au contraire à son détriment, car elle lui enlève la faculté de se dessaisir à son gré de ce droit et de retirer peut-être un bénéfice considérable de son aliénation.

Lors, au contraire, que, dans la vue de protéger la personne du créancier, comme cela se présente en matière d'aliments, la loi déclare une créance insaisissable, la conclusion que j'écartais pour cause d'inconséquence devient parfaitement rationnelle. Par cela seul qu'un testateur ou donateur qualifie sa libéralité de pension alimentaire, son intention évidente est que le bénéficiaire trouve à tout événement un moyen de subsistance. La loi, venant en quelque sorte à l'aide du constituant, place cette libéralité à

l'abri des poursuites des créanciers ; mais la protection ne serait qu'incomplète si elle ne mettait pas le légataire ou donataire à l'abri de ses propres faiblesses, et l'insaisissabilité conduit, en pareil cas, forcément à l'incessibilité.

Le même caractère d'inaliénabilité absolue ne s'attache pas davantage à une créance sur laquelle il est défendu de compromettre, témoin l'exemple du tuteur. La défense de compromettre qui frappe le tuteur est fondée sur son défaut de pouvoirs, défaut de pouvoirs qui ne va pas jusqu'à lui enlever d'une façon absolue le droit d'aliénation, et de là cette possibilité de céder les créances.

Mais quand une telle défense ne repose plus sur l'incapacité des personnes intéressées ou de leurs représentants, que sa base unique réside dans la nature même du droit qui doit former l'objet du compromis, elle ne se comprend qu'en raison de l'indisponibilité de ce droit. Or, l'indisponibilité s'oppose à la cession aussi bien qu'au compromis.

Enfin mon argumentation se fortifie par le rapprochement presque commandé de ces rentes données ou léguées avec celles que la loi impose et pour lesquelles le principe d'incessibilité n'est point douteux. Aussi nombreux sont leurs points de contact avec ces pensions civiles et militaires sur l'inaliénabilité desquelles le législateur s'est positivement prononcé [1].

1. Duranton, XVI, 165 ; Duvergier, I, 214 ; Bellot des Minières, *du contrat de mariage*, I, p. 120 ; Aubry et Rau, IV, § 359, note 18. Comp. aussi ; Demolombe, IV, n° 78.

Tout au plus pourrait-on admettre avec un dernier arrêt de la cour de cassation, la prise en considération par les tribunaux de l'intention du constituant. Sa volonté seule attribue à la pension son caractère alimentaire et l'esprit dans lequel il a fait cette libéralité doit l'emporter sur la formule employée [1].

Rien ne paraît s'opposer à la cession des cautionnements déposés par les officiers ministériels, sauf l'exercice des priviléges qui les frappent [2].

Il en est de même des sommes déposées aux caisses d'épargne. Cependant la cour de Montpellier s'est prononcée en sens contraire, en se fondant sur ce que la loi organique du 5 juin 1835, déclare le livret nominatif [3]. Mais ce motif ne me paraît pas suffisant pour justifier une aussi grave exception aux principes du droit commun.

1. Cas. 13 juillet 1875, Sir. 75, I, 346.

2. *Sic* : Lyon, 30 avril 1852. Sir. 52, II, 335 ; Paris, 29 juin 1863, Sir. 63, II, 138. — *Contra* : Paris, 11 juillet 1836, Sir, 36, II, 395.

3. 22 avril 1842, Sir, 42, II, 307.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA CESSION DE CRÉANCE ENTRE LES PARTIES

Du principe de l'article 1583 il résulte que la simple convention rend la cession parfaite entre les parties. L'article 1689 impose bien au cédant une remise de ces titres ; mais l'omission de cette délivrance n'influe en rien sur l'efficacité du contrat. Son unique objet est de mettre le cessionnaire en état d'exercer lui-même des poursuites contre le débiteur cédé.

Le cessionnaire est donc devenu, par le fait seul de la convention, propriétaire de la créance vendue. Que renferme cette propriété ? La réponse à cette question formera l'objet d'une section première que j'intitule :

SECTION I^re^. — *Des droits et avantages qui passent au cessionnaire et des exceptions qui peuvent lui être opposées.*

Peut être cette créance cédée n'existait-elle point, ou, si elle existait, ne contenait-elle point tout ce qu'a promis le cédant. Une obligation de garantie pèse donc sur lui, et son étude occupera une seconde section que j'intitule !

Section II. — *Garantie due par le cédant au cessionnaire.*

Enfin, dans une troisième section, j'examinerai une situation toute spéciale :

Section III. — *Concours du cédant avec un cessionnaire partiel ou de plusieurs cessionnaires partiels entre eux.*

SECTION Ire

DES DROITS ET AVANTAGES QUI PASSENT AU CESSIONNAIRE ET DES EXCEPTIONS QUI PEUVENT LUI ÊTRE OPPOSÉES

§ 1er. — *La créance subsiste, et elle passe au cessionnaire.*

§ 2e. — *La personne du créancier est changée.*

Telles sont les deux idées dont le développement, tenant deux paragraphes, remplira le cadre de cette première section.

§ 1er

LA CRÉANCE SUBSISTE ET ELLE PASSE AU CESSIONNAIRE

Elle lui est transmise avec tout ce qu'elle pouvait avoir d'avantageux et de désavantageux pour le cédant, aussi allons-nous examiner successivement:

I. — Les avantages de la créance dont jouissait le cédant et qui passent au cessionnaire.

II. — Les exceptions opposables au cédant et qui le sont également au cessionnaire.

I

Avantages dont jouissait le cédant et qui passent au cessionnaire

Puisque la créance du cédant subsiste, elle garde sa nature propre.

Etait-elle commerciale? Le cessionnaire pourra saisir le Tribunal de commerce des questions y relatives.

Avec elle suivent tous les droits accessoires qui en dépendent et toutes les garanties qui peuvent rendre son remboursement plus certain ou plus rapide.

A. — Sont en premier lieu des accessoires de la créance les intérêts ou arrérages qu'elle peut produire en vertu soit d'une stipulation expresse, soit d'une demande en justice, soit de la loi elle-même, quand elle les fait courir de plein droit, comme pour la restitution de la dot (art. 1570), ou le reliquat de compte de tutelle (art. 474) [1].

Le cessionnaire acquiert donc le droit de les réclamer du débiteur cédé aux époques et au taux fixés par la convention première. S'il n'y en a pas ou si elle est muette sur ce point, ce sera l'intérêt légal suivant la nature de la créance, cinq pour cent en

1. Bodin, *Revue pratique*, 1858, V. p. 161.

matière civile et six pour cent en matière de commerce.

Mais cette règle s'étend-elle aux intérêts échus non payés?

Je ne pense pas qu'on puisse le contester sérieusement. Les intérêts ou arrérages échus forment bien en effet un accessoire, une dépendance de la créance. Leur existence est si intimement liée a la sienne, que la prescription de cette dernière entraîne la perte des arrérages et intérêts échus.

Qu'on ne nous objecte pas la disposition de l'article 586, qui porte que les fruits civils s'acquièrent jour par jour. C'est là une règle écrite pour l'usufruitier d'une créance. Vouloir l'appliquer à la question actuelle, c'est oublier que nous sommes dans un ordre d'idées tout-à-fait différent. Il ne s'agit pas de savoir pour qui sont échus de tels intérêts; mais s'ils sont ou ne sont pas compris dans la cession. Or, la la réponse affirmative s'impose par cette double considération:

D'une part, que le cédant, sous peine de n'avoir pas obéi à la disposition de l'article 1689 a dû se dessaisir des titres de la créance, et par suite s'est enlevé tout moyen de poursuivre le paiement de ces intérêts arriérés.

D'autre part que si un doute subsiste relativement à la chose vendue, ce doute doit s'interpréter contre le vendeur. C'était à lui à expliquer nettement ce qu'il entendait vendre (art. 1602)[1].

1. TROPLONG, *Vente*, II, n° 915.

Toujours par une application de cette idée, que les intérêts échus sont pour le cessionnaire, si cet arriéré remontait à une époque assez lointaine pour qu'il ait pu lui-même produire des intérêts, le bénéfice de la convention d'anatocisme, ou de la demande judiciaire tendant à ce but, appartiendrait au cessionnaire.

B. — L'article 1692 énumère comme suivant la créance, les cautionnements, les priviléges et les hypothèques.

a. — *Les cautionnements.* — L'engagement de la caution est attaché non pas tant à la personne du créancier qu'à la créance elle-même, aussi passe-t-il avec elle à tout titulaire du droit. La disposition de l'article 2015 n'est pas violée. Le cautionnement n'est point étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté, par cette substitution d'un nouveau créancier à l'ancien.

b. — *Les priviléges.* — Qu'ils affectent les immeubles ou les meubles, qu'ils soient spéciaux on généraux, la transmission a lieu de la même façon.

Pour classer les priviléges et déterminer dans quel ordre viendraient les créanciers munis de telles garanties, la jurisprudence a imaginé de les répartir en quatre groupes, d'après le motif qui a inspiré chacun d'eux. Il en est une classe qui repose sur l'idée de gage exprès ou tacite. J'ai nommé le privilége du créancier gagiste et celui du bailleur. Le privilége ne subsiste qu'autant que ce gage a été mis et est resté

en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties (art. 2076). L'efficacité de cette garantie est donc subordonnée à la détention de la chose qu'elle affecte.

Rigoureusement il suivrait de là que si ce meuble ne passe pas entre les mains du cessionnaire, la garantie réelle sera perdue pour lui. Mais une telle solution serait contraire aux termes mêmes de l'article 1690, lequel concède, sans distinction d'aucune sorte, les priviléges au cessionnaire.

D'ailleurs, est-ce que l'article 2076 n'autorise pas la possession du gagiste par l'intermédiaire d'un tiers? Or, le cédant va constituer ce tiers par le ministère duquel le titulaire nouveau de la créance détiendra le gage. De là va découler une conséquence assez grave pour le cédant. Par le fait seul de la cession, constitué mandataire de son acquéreur, il ne pourra se décharger de son mandat, c'est-à-dire se dessaisir de la chose sans l'agrément du mandant. S'il le faisait, il engagerait sa responsabilité au cas d'insolvabilité du débiteur.

c. — *Les Hypothèques.* — Leur rang sera celui que tient l'inscription prise par le cédant. Les créanciers à hypothèque postérieure n'ont rien à voir à cette substitution d'un créancier nouveau à l'ancien, la charge qui grève l'immeuble n'en étant nullement accrue.

Aucune modification n'est nécessaire dans l'inscription, et l'indication du cédant comme créancier

ne la vicie en rien (art. 2148, 1°). Cependant l'article 2152 suppose que le cessionnaire y fait opérer un changement, y désigne un nouveau domicile. A-t-il donc intérêt à le faire? Oui. Ce sera de sa part une mesure très prudente. Les tiers acquéreurs ne sont obligés de faire les notifications à fin de purge qu'au domicile indiqué dans l'inscription, et leurs offres de payement doivent s'adresser à la personne y désignée comme créancière. Le cessionnaire est donc exposé à la disparition complète de sa garantie hypothécaire sans même qu'il en ait été avisé.

Pour qu'une modification quelconque à l'inscription puisse être effectuée, il est exigé que le cessionnaire présente au conservateur des hypothèques un acte de transport en la forme notariée.

Quelques auteurs ont soutenu, et la Cour de cassation avait même consacré cette opinion, que l'acte sous seing privé suffisait si la modification ne portait que sur le nom du créancier [1].

Cette théorie ne saurait être admise. Un changement dans l'inscription est chose grave. Il faut que l'acte sur le vu duquel il est effectué ne puisse donner lieu à aucune contestation. La responsabilité du conservateur des hypothèques ne serait pas à couvert si plus tard le créancier auquel ces modifications ont porté préjudice pouvait méconnaître sa signature apposée au bas de l'acte.

D'après l'article 2152, l'acte authentique est néces-

1. Cass, 25 mars 1816.

saire pour le choix d'un nouveau domicile. A plus forte raison, en doit-il être de même quand le cessionnaire entend modifier d'une façon plus radicale l'inscription, en substituant un nom nouveau à l'ancien.

C. — Je considère en troisième lieu, comme des avantages restant perpétuellement attachés à la créance, les voies d'exécution spéciales qu'offre la forme du titre. Je fais allusion à la constatation du droit par acte authentique. Les actes passés devant notaire ont force exécutoire. Le cessionnaire qui veut poursuivre la réalisation d'un droit de créance consigné dans un tel *instrumentum* n'a pas besoin de s'adresser au préalable à la justice, et cela lors même que la cession n'eût été consentie que par acte sous signature privée.

En effet, ce n'est pas de la cession qu'il demande l'exécution, puisque le cédant n'est pas en cause, c'est de l'engagement souscrit par le débiteur. Or, la forme de cet engagement affranchit la poursuite de toute autorisation préalable.

Certaines coutumes de notre ancien Droit exigeaient, il est vrai, l'autorisation de justice; mais Dumoulin les accusait d'ineptie : « Iste articulus est valde ineptus [1]. »

D. — Enfin, toutes les voies de droit offertes au

1. Sur Blois, art. 263. Voyez aussi : Aubry et Rau, IV, p. 438; Nîmes, 2 juillet 1808, Sir., 9, II, 61.

créancier le sont également à son successeur particulier.

Telles sont notamment :

a. — La contrainte par corps, dans les cas très rares où elle existe encore depuis la loi du 22 juillet 1867, en matière criminelle, correctionnelle et de simple police.

b. — L'action en résolution pour défaut de paiement d'un prix de vente.

L'action en résolution n'est qu'un moyen d'arriver au paiement et, si malgré cette énergique mesure, il n'est pas effectué, de se mettre à l'abri de tout préjudice Aussi est-ce sans hésiter que je comprends cette action dans la formule générale de l'article 1692 « les accessoires de la créance [1]. »

Le doute est né dans l'esprit de certains jurisconsultes par suite d'une confusion malheureuse avec les actions en nullité et en rescision, confusion que j'essaierai de montrer dans quelques instants.

Il peut arriver que le vendeur n'ait cédé à un tiers que portion du prix de vente. Quels seront alors les droits des parties, cédant et cessionnaire, relativement à l'action résolutoire ?

Les dispositions des articles 1670 et 1685 devront être suivies par analogie. L'acquéreur actionné en

1. *Sic* : Troplong, II, 916 ; Duvergier, II, 222 : Pont, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 108 à 110 ; Aubry et Rau, IV, p. 438; Poitiers, 13 mai 1846, Sir., 47, II, 416 ; Cass. 15 juin 1864, Sir., 64, I, 417. — *Contra* : Laurent, XXIV, n° 535.

résolution par l'un seulement, pourra le faire déclarer non-recevable en l'état, à moins que, l'autre intervenant ou mis en cause, ils ne s'entendent pour suivre en semble l'action en résolution.

Sans doute la situation de l'acheteur qui ne paie pas est moins favorable que celle de l'acheteur auquel une faculté de rachat a été imposée ou qui demande la résolution du contrat pour lésion, aussi comprend-on une hésitation sur l'application des articles indiqués Nous ne pouvons cependant pas imposer à cet acheteur une situation qu'il n'a pas voulue et le contraindre à garder partie seulement de l'immeuble qu'il avait acquis en totalité.

Toutefois le cessionnaire qui se heurterait au mauvais vouloir du cédant, ou inversement, a un moyen de sortir de difficulté. Qu'il le paie comme lui en donne le droit l'article 1236, et il intentera l'action en résolution pour le tout [1].

J'ai avancé que nombre d'auteurs, parmi lesquels je citerai MM. Troplong, Duvergier, Zachariæ, Laurent, commettaient une confusion, qu'ils avaient le grand tort de ne pas séparer de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix les actions en nullité et en rescision. Je prétends, en effet, que si le cessionnaire bénéficie de la première, les secondes lui échappent.

1. *Sic* : Troplong, II, n° 639; Aubry et Rau, IV, p. 399; Cass., 6 mai 1829, Sir., 29, I, 180. — *Contra* : Duvergier, I, 464 ; Larombière, *des obligations*, II, art. 1184, n° 79 ; Paris, 12 février 1844, Sir., 44, II, 115.

Sans doute si le cédant a transmis d'une façon générale *tous les droits et actions* qui lui appartiennent en vertu de telle qualité ou de tel acte, cette formule embrasse même les actions en nullité et en rescision.

J'accorde même que si l'acte porte cession du *droit du vendeur* sur l'acheteur, et que d'autre part il soit nettement établi, par appréciation de l'intention des parties, qu'elles ont eu en vue les sus-dites actions, elles seront ouvertes au cessionnaire du prix [1].

Mais, ce que je conteste, c'est que, ces éléments de fait manquant, il soit permis d'y suppléer.

Ces actions, en effet, ne forment à aucun titre un accessoire de la créance destiné à la sauvegarder. Loin de là, leur but unique est d'en faire disparaître la cause en supprimant la vente. Elles ne sont point, comme l'action en résolution de l'article 1654, une simple menace pour le débiteur négligent, un moyen de l'amener à s'exécuter. Il est impuissant à les arrêter.

En second lieu on doit toujours présumer que le cédant, par respect pour lui-même, a voulu que son engagement ou celui de ses auteurs fût rempli. Il y va souvent de l'honneur d'une personne de ne point se prévaloir de certaines causes de nullité.

Ces motifs avaient fait admettre dans notre ancienne jurisprudence la solution que je défends [2].

1. *Sic* : Duranton, XVI, 508; Aubry et Rau, IV, § 359.*bis*, note 49; Cass., 22 juin 1830, Sir., 30, I, 400. — *Contra* : Delvincourt, III, p. 170 ; Limoges, 27 novembre 1811, Sir., 14, II, 103.

2. Arrêt du Parlement de Paris de juillet 1587, rapporté par Souet, t. I, lettre C, n° 12.

La Cour de Limoges avait consacré cette théorie et l'avait même étendue au-delà de ses justes limites, puisqu'elle l'appliquait aux *cessions de tous droits et actions* [1].

Indépendamment de ce reproche on peut en faire un un autre à cet arrêt. Ses motifs sont peu concluants. Il invoque en particulier la loi 25, § 1, *de minoribus*, où il est dit que celui qui tient une procuration générale d'un mineur ne peut demander pour lui la *restitutio in integrum*. On le conçoit sans peine. Dans notre Droit non plus le mandataire général ne peut exercer les actions en rescision.

Sur la même ligne que les actions en nullité ou en rescision, je place le bénéfice d'un pacte de *réméré* réservé par le vendeur. Ce pacte reste, lui aussi, étranger au cessionnaire du prix et par les mêmes motifs.

Je suis donc amené à tracer à cet égard une ligne de démarcation profonde entre, d'une part, l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, et d'autre part, les actions en résolution résultant d'un pacte, et celles en nullité et en rescision. La première, je la concède au cessionnaire; les secondes, je les lui refuse [2].

1. 27 novembre 1811, Sir. 14, II, 103.

2. *Sic*: Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, note 49.—*Contra*: Troplong, II, 916; Duvergier, II, 222; Zachariæ, § 359, note 21; Laurent, XXIV, nº 535.

II

Exceptions opposables au Cédant et qui le sont également au Cessionnaire

Si par l'effet de la cession la créance cédée est transmise au cessionnaire avec tous ses avantages, elle ne lui passe non plus que telle qu'elle existe au moment du transport. Le débiteur n'en est tenu vis-à-vis de lui que dans la mesure de son obligation envers le cédant.

Le débiteur peut donc opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il eût pu faire valoir contre le cédant. Tel est le principe ; mais à ce principe des dérogations se rencontrent. Aussi allons-nous successivement nous livrer à :

A. — *L'examen de la règle.*

B. — *Et à l'examen des dérogations à cette règle.*

A

EXAMEN DE LA RÈGLE

L'obligation inexistante au profit du cédant ne prendra point naissance au profit du cessionnaire. Cet engagement était dénué de l'un de ses éléments essentiels, vitaux, il manquait de cause, par exemple, grâce à l'inaccomplissement de certaines conditions : ce vice radical n'a point disparu [1].

1. Amiens, 21 mai 1879, DALL., 80, II, 134.

Un paiement, une cause de compensation, une remise de dette sont autant de moyens à l'aide desquels le débiteur repoussera les prétentions du cessionnaire. Il les repoussera pour la totalité ou pour partie seulement, suivant que ces causes d'extinction auront elles-mêmes porté sur la totalité ou sur partie seulement de l'obligation.

Il est nécessaire que la cause d'extinction soit définitivement accomplie pour que ma proposition soit vraie d'une façon aussi absolue que je la présente. Ainsi la compensation n'est possible qu'entre deux dettes liquides et exigibles. Si la créance, soit du débiteur cédé contre le cédant, soit du cédant contre le cédé, n'était pas encore arrivée à échéance ou n'était pas encore liquide, la compensation sera, en thèse générale, inopposable au cessionnaire, parce que l'extinction du droit ne remonte point à une époque antérieure à la cession.

La prescription qui menaçait le cédant continuera à courir contre le cessionnaire. Le transport, même signifié n'est point une des causes d'interruption de prescription énumérées limitativement par les articles 2242 et suivants.

A plus forte raison, ce changement de créancier n'en peut-il modifier la durée. La dette était une dette de fermages qui, aux termes de l'article 2227, se prescrit par cinq ans. La prescription ne sera point prorogée à trente ans.

Si nous avons décidé que les actions en annulabilité et en rescision ne passaient point au cession-

naire, ce n'est pas un motif pour en conclure qu'elles ne peuvent être formées contre lui quand le débiteur les a à son service. Voilà un engagement qui n'a été pris que sous l'empire de la violence, ou grâce à des manœuvres frauduleuses. Il ne peut dépendre du créancier de le valider définitivement par une cession à laquelle la victime de la violence ou du dol est restée étrangère.

Toujours par les mêmes motifs, le débiteur peut demander l'imputation sur le capital d'intérêts usuraires que produisait la créance [1].

Il peut faire valoir l'exception de réduction du prix d'un office ministériel ou d'un fonds de commerce [2].

En matière de cession d'office ministériel, il est défendu aux parties de grossir, par un traité secret, le chiffre de la cession dénoncé au gouvernement. La nullité de ce traité secret est opposable tant à l'ancien titulaire qu'au cessionnaire du prix [3].

Je n'hésite même pas à ouvrir au débiteur cédé contre le cessionnaire qu'il a désintéressé, les actions en répétition qu'il eût pu diriger contre le cédant, si le paiement s'était adressé à lui. Le vendeur d'un immeuble a cédé à un tiers sa créance du prix. L'acquéreur se libère entre les mains du cessionnaire,

1. Cass., 2 mai 1853, Sir., 53, I, 411.

2. Cass., 2 août 1847, Sir. 47, I. 705; Cass., 19 juillet 1869, Sir. 69, I, 370.

3. Cass., 7 mars 1842, Sir. 42, I, 196; Lyon, 21 janvier 1847, Sir 47, II, 230; Rennes, 9 avril 1851, Sir. 52, II, 261; Bordeaux, 9 novembre 1863, Sir. 64, II, 115.

puis il est évincé. Son payement a manqué de cause, puisque le vendeur n'a pas accompli son propre engagement. L'action en répétition de l'indu ne saurait être repoussée par le cessionnaire sous le prétexte que, lui cessionnaire, ayant reçu ce qui lui était dû, l'auteur du payement n'a de recours à exercer que contre le cédant. Son droit se confond avec celui du cédant. Puisque ce dernier n'existait point, il en est de même du sien.

Ma manière de voir n'est pas unanimement admise. M. Héan, toujours partant de cette idée que le cessionnaire ne tient qu'un mandat de toucher pour le cédant, veut que l'action procède directement contre le mandant, seul et véritable intéressé [1].

Je ne reviens pas sur la réfutation d'une doctrine qui dénature la cession.

La Cour de Colmar s'est placée à un autre point de vue [2]. L'article 1377, qui organise la répétition de l'indu, exige une erreur de la part du *solvens*. Or, cette erreur, dit-elle, on ne la rencontre pas ici.

Je n'admets point cette théorie sur la nécessité d'une erreur pour que l'action en répétition de l'indu soit ouverte. Fut-elle vraie, la solution de la Cour de Colmar n'en est pas moins fausse.

Sans doute, l'acquéreur savait à quel titre il payait; mais, ce qu'il ignorait et ce qui constitue son erreur, c'est que ce titre allait être destitué de toute efficacité

1. *Revue pratique*, 1862, XIV, p. 398 ; 1863, XVI, p. 18.

2. Sir. 13, II, 241.

à son égard. Le vendeur n'accomplissant point son obligation, l'acquéreur allait être délié (art. 1184).

Mais si l'acquéreur dépossédé peut agir contre le cessionnaire, il n'obtiendra de lui que ce qu'il a effectivement versé. Quant aux autres restitutions et aux dommages-intérêts auxquels il peut prétendre, seul le cédant vendeur devra les lui fournir.

La situation de ce dernier et celle du cessionnaire vis-à-vis de l'acquéreur sont, en effet, très dissemblables. Le cédant n'a point satisfait à son obligation de vendeur, aussi l'action en garantie est-elle ouverte contre lui et elle le contraindra à réparer tout le dommage que l'éviction a occasionnée à l'acquéreur. Le seul principe d'action contre le cessionnaire réside dans ce fait qu'il a reçu ce qu'il ne devait pas recevoir. Aussi, au-delà de ce qu'il a touché, ne peut-il être inquiété.

Il ne peut l'être, même si le cédant est devenu insolvable. La réciproque n'est pas vraie, et en présence de l'insolvabilité actuelle du cessionnaire, l'acquéreur pourrait se retourner contre le cédant. Le préjudice auquel l'acquéreur se voit, en effet, exposé provient uniquement de la faute de son vendeur, aliénateur de la chose d'autrui, et, à ce titre, il en est responsable.

Nous verrons, quand nous étudierons la cession à l'égard des tiers, que son efficacité vis-à-vis d'eux est subordonnée à l'accomplissement de l'une ou de

l'autre de ces conditions: signification au débiteur cédé, ou acceptation par ce débiteur.

La situation de ce dernier n'est point modifiée, et il garde contre le cessionnaire tous les droits que je viens d'énumérer, bien qu'il n'ait fait aucune réserve à cet égard lors de la signification du transport [1].

Il y a mieux, l'acceptation pure et simple de la cession ne les lui enlève point [2].

L'objet de ces deux formalités est de saisir le cessionnaire à l'égard des tiers et ni l'une ni l'autre m'emporte de sa nature un engagement personnel de la part du débiteur cédé.

Cette règle ne doit cependant pas être admise d'une façon absolue en ce qui concerne l'acceptation, et j'en arrive ainsi à l'étude des dérogations au principe que le transport n'aggrave point la situation du débiteur.

B

EXAMEN DES DÉROGATIONS A LA RÈGLE

I. — Causes d'où découlent pour le cédé la perte de ses exceptions vis-à-vis du cessionnaire.

II. — Conséquences de cette perte à l'égard du cédant.

1. Cass., 29 juin 1881, Sir. 82, I, 125.

2. Cass., 2 août 1847, Sir. 47, I, 705 ; Cass., 2 mai 1853, Sir. 53, I, 411 ; Cass., 19 juillet 1869, Sir. 69, I, 370.

I. — *Causes d'où découlent pour le cédé la perte de ses exceptions vis-à-vis du cessionnaire*

A. — Les unes découlent de l'acceptation du débiteur.

B. — D'autres de la nature même de l'exception qu'il veut opposer.

C. — D'autres enfin de la forme de l'acte constatant le droit.

A. — *Les unes découlent de l'acceptation du débiteur*

a. — « Le débiteur qui a accepté purement et « simplement la cession qu'un créancier a faite de ses « droits à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant la « cession, opposer au cédant » (art. 1295). La compensation avait éteint la dette de plein droit. Le débiteur qui consent à ce que le bénéfice de cette obligation passe à un tiers, consent virtuellement à ce que cette obligation renaisse. Voilà le point de vue auquel s'est placé le législateur. Aussi la forme de l'acceptation importe peu, il suffira d'établir qu'elle existe.

Un débiteur qui pouvait opposer une cause de compensation a négligé de le faire et a payé son créancier. L'article 1299 attache à cette renonciation l'impossibilité d'user, à l'encontre des tiers, de droits réels, tels que priviléges et hypothèques, qui pou-

vaient garantir la créance du débiteur éteinte par compensation. Mais le texte ajoute que ce résultat regrettable ne se produira pas si le *solvens* avait « une juste cause d'ignorer la créance qui devait « composer sa dette ».

Serait-il légitime d'étendre cette restriction à notre hypothèse actuelle ? Autoriserait-on le débiteur à opposer la compensation au cessionnaire, sous le prétexte qu'il ignorait, lors de l'acceptation du transport, l'existence d'une créance à son profit ?

Je ne le pense pas. Autre est la position des tiers dont s'occupe l'article 1299 et autre la position du cessionnaire. Ces tiers sont, par exemple, des créanciers à hypothèque postérieure. Ils devaient compter sur le paiement intégral du créancier antérieur. Par une circonstance absolument inattendue, celui-ci devient débiteur de son propre créancier. La loi attache à ce fait l'extinction de son droit et confère aux autres privilégiés sur le même immeuble le très grand avantage de n'avoir plus quelqu'un les primant.

Or, la loi peut, sans qu'ils se plaignent légitimement, les priver de ce bénéfice qui vient d'elle. En permettant au créancier préférable de détruire l'effet de la compensation, elle les replace dans ce même et semblable état, sur la foi duquel ils ont contracté.

Le cessionnaire, lui, souffrirait un dommage irrémédiable. Si le débiteur, vu sa bonne foi, est restitué contre sa renonciation à compensation, le droit que ce cessionnaire croyait avoir acquis n'existera plus.

Les deux situations sont donc différentes, et une diversité de solution se justifie [1].

Le débiteur n'a de moyen de se soustraire à la perte de la compensation qu'en refusant d'accepter ou qu'en le faisant sous réserve des causes de compensation. Ce que l'article 1295 demande, c'est qu'il n'accepte pas, comme disait déjà Pothier, *purement et simplement*.

Sera-ce l'ancienne créance qui reparaîtra avec sa nature et ses caractères propres ? Non. Une créance nouvelle, résultant de l'engagement nouveau du débiteur, a pris sa place. L'ancienne, en effet, était éteinte d'une façon définitive par la compensation (art. 1290) [2].

Sans doute ses accessoires vont persister vis-à-vis du cédé.

Le titre était-il exécutoire ? Le cessionnaire pourra s'en servir.

La créance était-elle commerciale ? Il pourra saisir le tribunal de commerce.

Les intérêts continueront à courir, et au même taux.

Les privilèges et hypothèques, et toutes autres garanties qui portaient sur les biens du cédé lui appartiendront.

1. Marcadé, art. 1295, n° 11 ; Larombière, III, art. 1295, n° 5 ; Desjardins, n° 130 ; Colmet de Santerre, V, n° 247 bis, III ; Aubry et Rau, IV, p. 240 ; Demolombe, XXVIII, n° 577.

2. Demolombe, XXVIII, n° 579

Pourquoi ? Parce que le débiteur, acceptant la cession de l'ancienne créance telle qu'elle existait, a, par cela même, attaché tous ses accessoires à la nouvelle.

Mais ce second engagement constitue pour les tiers *res inter alios acta* et ils pourront se prévaloir de l'extinction du premier, en tant que l'exige leur intérêt (*arg.* de l'art. 1299).

L'article 1299 ne parle que des tiers ayant des priviléges et hypothèques ; mais il n'est douteux pour personne que sa disposition ne doive être étendue aux cautions.

Pothier, dans l'exemple qu'il proposait, et après lui, le tribun Jaubert, n'avaient également cité que les priviléges et hypothèques. C'est là, sans doute, ce qui explique la rédaction démonstrative de notre texte. Mais le principe essentiel sur lequel il est fondé, à savoir : que la renonciation à une compensation opérée ne peut porter atteinte à des droits acquis, s'applique avec la même force au cautionnement qu'au privilége et à l'hypothèque [1].

Le cessionnaire ne peut s'autoriser de la disposition finale de l'article 1299, pas plus que le débiteur acceptant ne peut s'en faire une arme contre lui. Il ne peut opposer aux tiers l'ignorance où il était de cette cause de compensation éteignant la créance par lui achetée.

1. Duranton, XII, n° 457 ; Colmet de Santerre, V, n° 241, III ; Desjardins, n° 129 ; Aubry et Rau, IV, p. 238 ; Demolombe, XXVIII, n° 615.

Je ne méconnais point que les motifs apportés dans la précédente question n'ont plus de valeur ici et l'analogie la plus grande existe avec l'espèce même de l'article 1299. Dans les deux cas la loi, par un motif d'équité, enlèverait à des tiers un bénéfice de compensation qu'elle même leur a conféré.

Si, malgré cela, je donne une solution différente, c'est que les raisons suivantes m'y déterminent :

A mes yeux, la disposition finale de l'article 1299 est regrettable. On y sacrifie trop volontiers les droits acquis des tiers à la bonne foi du créancier. La compensation produisant effet de plein droit, vis-à-vis d'eux la créance et ses accessoires, qui pouvaient leur préjudicier, n'existent plus. Les principes voudraient qu'une reconstitution de l'ancien état de choses leur restât étrangère.

L'analogie entre les deux situations n'est pas d'ailleurs aussi grande qu'elle le paraît. L'article 1299 autorise le débiteur à invoquer une bonne foi absolue et raisonnée. La justification de ces deux circonstances sera très rare, toute personne connaissant, à moins d'une négligence inexcusable, les créances dont elle est titulaire.

Il est, au contraire, bien peu de cas dans lesquels cette preuve ne pourrait être administrée par le cessionnaire. Etranger aux rapports juridiques entre le cédant et le cédé, il aura presque toujours un motif légitime d'ignorer la compensation.

b. — L'équité, aussi bien que la loi, vous oblige

à réparer le dommage que votre faute a porté à autrui (art. 1382 et 1383). La réparation la plus adéquate est celle qui supprime la cause même du préjudice.

C'est sur ce fondement que je déclare le débiteur lié sans retour vis-à-vis du cessionnaire, à ces deux conditions :

1° Que son acceptation ait causé un dommage ;

2° Qu'elle ait constitué de sa part une faute ou une grave imprudence.

1° Le préjudice est évident si le cessionnaire n'a payé son prix que sur le vu de l'acceptation, et si le cédant n'est plus solvable au moment où le débiteur cédé propose son exception [1].

2° La connaissance que le débiteur avait de cette insolvabilité imprime à son acceptation le caractère d'une imprudence très grave, équivalant au dol.

c. — Il est même un cas où cette imprudence suffit à elle seule, indépendamment de tout préjudice causé, pour rendre irrévocable l'acceptation du débiteur cédé.

Il est lié par une obligation à laquelle le législateur n'a point atttaché d'action. C'est une dette de jeu qu'il a contractée (art. 1965). L'article 1967 lui enlève tout moyen de revenir sur un paiement effectué. Dans une telle hypothèse et, pour formuler une règle générale, dans tous les cas où la répétition de la somme versée serait impossible, l'acceptation

1. Cass., 20 août 1832, Sir. 63, I, 303.

du transport, faite par le débiteur en connaissance de cause, confère au cessionnaire l'action que n'avait point le cédant.

Ma démonstration sera facile. Si la loi ne donnait point d'action, c'est que l'obligation du débiteur lui paraissait douteuse. En l'acquittant, celui-ci en reconnaît l'existence et la validité. Or, une promesse de payer équivaut, sous ce rapport, au payement lui-même. Dans les deux cas, les scrupules de la loi manquent désormais de base [1].

Mais s'il était question d'une dette dont le paiement, entre les mains du cédant, eût ouvert contre lui une action en répétition, l'acceptation du débiteur n'assurerait rien au cessionnaire. Ainsi que l'exécution de l'engagement, le renouvellement de cet engagement serait destitué de cause suffisante. Pour que le cessionnaire pût l'invoquer, il faudrait qu'il établît l'existence d'un préjudice et l'on retombe alors dans un cas d'application des articles 1382 et 1383.

B. — *D'autres Dérogations découlent de la nature de l'Exception que le débiteur veut opposer.*

Je vous vends un objet quelconque, et je possède le titre constatant ma créance du prix. Par un acte séparé que vous detiendrez, il est établi que, le jour même de l'opération, moitié des deniers m'ont été versés. La cession du prix de vente va comprendre

1. Cass., 19 avril 1854, Sir. 56, I, 160; Cass., 7 juillet 1857, Sir. 57, I, 734.

cession de sa totalité. En effet, les contre-lettres sont inopposables aux tiers (art. 1321). Rien de plus juste que cette solution. La seule existence d'un acte contredisant le titre du créancier constitue une fraude dont le débiteur lui-même est complice. Il en doit réparer les conséquences (art. 1382.)

On ne devrait même pas admettre le tempérament de l'ancienne jurisprudence, qui avait égard à ces sortes d'actes, lorsqu'ils étaient notifiés au cessionnaire aussitôt après la signification [1]. A cette époque les contre-lettres étaient d'un usage fréquent. C'est sans doute pour cette raison qu'on était obligé de les respecter, comme étant passées dans les usages [2].

C. — *D'autres Dérogations découlent de la forme de l'acte constatant le droit.*

Si le débiteur a souscrit un effet à ordre avec indication d'une cause en apparence légitime, il s'est, par cela seul, enlevé le droit d'invoquer, contre un tiers porteur de bonne foi, les exceptions qu'il eût pu faire valoir contre le cédant.

La nature même des effets négociables, qui doivent faire office de monnaie, s'oppose à ce que le paiement puisse en être refusé. Les lettres de change acquièrent d'autant plus de crédit qu'elles sont revêtues de la signature d'un plus grand nombre d'en-

1. Bourjon, *Vente*, titre III, sect. I, n° 12.

2. Cass., 26 décembre 1848, Sir. 49, I, 29; Paris, 22 mars 1859, Sir. 59, II, 431 ; Cass., 12 décembre 1859, Sir. 60, I, 129.

dosseurs. Nous assisterions au résultat inverse si le débiteur était en droit d'opposer au dernier endossataire les causes d'extinction qui lui compétaient vis-à-vis du tireur ou des cessionnaires successifs.

Cette règle qui s'impose au point de vue pratique, mais qui n'est écrite dans aucun texte, trouve cependant sa justification juridique. Par cela seul que le débiteur accepte la clause à ordre insérée dans tout effet de cette nature, il contracte un engagement envers le porteur de la lettre à l'échéance [1].

Certaines restrictions viennent limiter l'application du principe :

a. — Sommes-nous en face d'une de ces exceptions qui reposent sur un vice même du consentement, le débiteur tiré peu s'en faire une arme contre le porteur.

Le tiré nie que la signature du titre émane de lui, on prétend qu'elle lui a été arrachée par la violence, le fondement juridique sur lequel nous faisions reposer la perte de ses exceptions vis-à-vis du porteur manque ici. L'exception s'attaque bien moins au créancier qu'à la créance elle-même, laquelle tombant emporte avec elle les diverses clauses qui constituaient sa manière d'être.

b. — J'ai exigé, en conférant au porteur de la

1. Cass., 18 mars 1850, Sir., 50, I, 256; Cass., 12 avril 1854, Sir., 54, I, 313; Paris, 27 novembre 1858, Sir., 59, II, 88; Troplong, *des contrats aléatoires*, n° 196; Pont, *des petits contrats*, I, 641; Aubry et Rau, IV, p. 441.

lettre de change un droit absolu au paiement, qu'il fût de bonne foi.

C'est qu'en effet si l'endossement n'a eu lieu que pour faire fraude au débiteur, pour annihiler une cause de compensation existant entre lui et le porteur actuel, ce calcul doit être déjoué et le porteur nouveau, complice de la fraude, n'en pourra recueillir le fruit.

c. — Il est une époque à partir de laquelle aucune des exceptions appartenant actuellement au tiré ne peut lui être enlevée.

Quand on est arrivé à l'échéance de la lettre, toute cession ultérieure sera sans effet vis-à-vis de lui et les moyens à l'aide desquels il pouvait paralyser son obligation à l'égard du porteur actuel ne pourront lui être ravis.

Je sais bien que cette solution n'est point admise par la jurisprudence [1].

Une étude complète de la question dépasserait le le cadre de mon sujet. Aussi, pour justifier ma mamanière de voir, me contenterai-je de présenter cette considération.

La jurisprudence exagère les effets de la clause à ordre, base unique de la perte des exceptions. Par la force même des choses, la créance doit se fixer sur une tête à un certain moment. Ce moment est celui de l'échéance, et le signataire ne s'est engagé qu'en-

1. Cass., 25 juillet 1855, Sir., 56, I, 25.

vers tout porteur de la lettre à cette époque. Voilà le vrai sens de la clause à ordre. Il en résulte que, destituée désormais de toute efficacité, elle ne peut modifier en rien les droits du débiteur.

Cette opinion, suivie dans notre ancienne jurisprudence, notamment par Savary, a été reproduite par l'article 26 du Code de commerce belge.

II. — *Conséquences, à l'égard du Cédant, de la perte des exceptions par le débiteur cédé.*

Dans les hypothèses où le débiteur est privé de ses exceptions vis-à-vis du cessionnaire par un motif autre que son acceptation, la cause du préjudice réside dans le fait même de la cession, aussi indemnité lui est-elle due par le créancier primitif [1].

Le montant de cette indemnité contiendra la somme ou partie de la somme réservée au cessionnaire et qui n'était pas due au cédant, grossie des intérêts légaux cinq pour cent en matière civile et six pour cent en matière commerciale, courus depuis le paiement.

Est-ce au contraire le fait actif du débiteur, à savoir son acceptation, qui a éteint ces moyens de défense ? Il semble à première vue que le principe de toute indemnité disparaisse. Il doit s'imputer à lui seul de les avoir perdus. Le décider ainsi serait cependant inexact et, même dans cette situation moins favorable, une action récursoire lui est ouverte.

1. Cass., 12 avril 1854, Sir., 54, I, 313; Paris, 27 novembre 1858, Sir., 59, II, 88.

C'est une règle de droit en même temps que de morale, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, tel serait le résultat auquel nous assisterions le recours cessant. J'espère établir bientôt que la non existence de la créance cédée ouvre au cessionnaire contre son cédant une action en garantie dont le montant est égal au chiffre de cette créance, plus le préjudice qu'il a pu éprouver. Grâce à l'acceptation du débiteur, le cédant évite cette garantie et s'enrichit ainsi aux dépens de ce dernier.

Le même raisonnement ne serait plus vrai si la cession était intervenue à titre gratuit, car le cessionnaire, donataire, n'a point droit à garantie vis-à-vis de son cédant, donateur. Mais est-ce que le droit et la morale ne s'opposent pas, là encore, avec une égale force, à ce que ce cédant d'une créance qui n'existe point puisse exercer sa générosité aux dépens d'autrui. Il s'est enrichi, si l'on me permet l'expression, de la reconnaissance de son donataire et aussi des avantages même pécuniaires que peut lui procurer sa libéralité, car elle lui confère un droit à des aliments. Voilà la base du recours à diriger contre lui.

Si l'exception que son acceptation lui a fait perdre était une exception de compensation, sa créance éteinte va-t-elle renaître et pourra-t-il s'en servir contre le cédant son ancien débiteur, ou ne lui laisserons-nous que l'action nouvelle née d'un payement fait sans cause?

Un point est certain. A l'égard des tiers l'ancienne

créance ne saurait revivre, pas plus que ne renaît à leur égard la créance du cédant contre le débiteur cédé, par suite de l'acceptation. L'article 1299 est formel, et nous sommes textuellement dans l'hypothèse qu'il prévoit, car l'acceptation du transport, de la part du débiteur, s'analyse en une renonciation à compensation.

Aussi l'appliquerons-nous dans toute son étendue et ferons-nous souffrir ces mêmes tiers de la réapparition de cette créance si l'acceptation s'est faite de la bonne foi la plus entière (art. 1299, *in fine*).

Mais entre les parties l'ancienne créance ne renaîtra-t-elle point, dans tous les cas?

L'intérêt se révèle à plusieurs points de vue.

Cette créance était-elle commerciale? Les tribunaux de commerce resteront compétents.

Etait-elle constatée par un titre authentique? La force exécutoire de ce titre persistera.

Une élection de domicile y était-elle insérée? Elle sera maintenue.

Les garanties, telles que priviléges et hypothèques dont l'exercice ne porterait point atteinte à des droits acquis par des tiers avant la renonciation à compensation, pourront être invoquées.

Toutes ces conséquences vont, au contraire, disparaître si l'on décide que l'ancienne créance est irréparablement éteinte. Le débiteur cédé n'aura plus à son service qu'une créance nouvelle, nécessairement pure et simple.

C'est à cette dernière solution que je me range. La

compensation éteint la créance de plein droit (art. 1299). C'est donc en vertu d'une cause nouvelle que le renonçant à compensation peut agir. Il agira par l'action en répétition du payement de l'indu, car il a payé au profit du cédant, nous l'avons constaté, ce qu'il ne devait pas.

MM. Aubry et Rau objectent que cette action est impossible, parce qu'elle n'est admise que si le paiement a été fait par erreur (art. 1377) [1].

La manière de voir de ces auteurs se rattache à une controverse plus générale sur l'admissibilité de l'action en répétition de l'indu. Déjà, j'ai eu l'occasion d'indiquer mon opinion personnelle sur cette matière. Je ne partage point l'avis de MM. Aubry et Rau et je pense que la condition d'erreur est inutile. N'abordant point le fond même de la question, je me contente simplement de faire remarquer que mes motifs de détermination sont ici plus nombreux que dans toute autre hypothèse.

On ne peut être en effet séduit par cette raison que celui qui paye sciemment l'indu a voulu faire une donation. Son paiement, ou son acceptation qui équivaut à payement, s'explique sans cette supposition si souvent contraire à la vérité. Il était débiteur et en même temps créancier. En cette dernière qualité, il avait un placement qui lui convenait et, puisqu'il possédait des fonds à sa disposition, il aimait mieux

1. IV, pp. 238-239.

ne pas se prévaloir de la compensation et payer sa dette pour conserver son placement, plutôt que d'être obligé de chercher un nouvel emploi de ses fonds disponibles.

L'article 1299 est en parfaite harmonie avec ces principes. Il ne fait revivre l'ancienne créance vis-à-vis des tiers que si la bonne foi explique la renonciation à compensation ; et c'est forcer le sens de ses termes que de prétendre qu'il consacre implicitement pour tous les cas la réapparition entre les parties de la créance éteinte.

« Il dit, comme le fait très bien remarquer M. Colmet « de Santerre, que celui qui a payé ne peut, *en exer-* « *çant la créance*, dont il n'a point opposé la compen- « sation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des « priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés. « Ce qui ne signifie pas qu'il exerce la créance, mais « *qu'il ne peut exercer la créance et se prévaloir des* « *hypothèques*, *sous le prétexte qu'il exerce la* « *créance*[1]. »

MM. Demolombe et Desjardins accordent tout à la fois l'action en répétition de l'indu et l'action née de l'ancienne créance [2].

Dans cette même hypothèse de renonciation à compensation par l'acceptation du transport, M. Demolombe se refuse, avons-nous vu, à concéder au cessionnaire, au moins en principe, l'ancienne action

1. Colmet de Santerre, V, n° 231 *bis*, I à IV ; Marcadé, *sur l'art.* 1299.
2. Demolombe, XXVIII, n° 620; Desjardins, n° 129.

parce qu'elle est définitivement éteinte par la compensation [3].

Or, n'y a-t-il pas un lien entre les deux solutions et, si la créance du cédant, représenté par son cessionnaire, contre le débiteur cédé est éteinte définitivement, pourquoi n'en serait-il pas de même de la créance du débiteur cédé contre le cédant [4].

Il est un cas où je supprime totalement le recours du débiteur contre le cédant.

Si la créance est une de celles dont le paiement entre les mains du créancier primitif n'eût point ouvert une action en répétition, nous avons constaté que le débiteur, acceptant le transport, était tenu de la solder entre les mains du cessionnaire, et nous en avons donné pour motif que l'acceptation équivalait alors à paiement. La même considération nous amène à fermer également ici toute action récursoire contre le cédant, puisqu'un paiement entraînerait ce résultat et que l'acceptation du transport doit lui être assimilée.

§ 2.

LA PERSONNE DU CRÉANCIER EST CHANGÉE

La première conséquence de cette proposition semblerait être l'impossibilité de la part du cédant

3. XXVIII, n° 579.

4. Voyez, indépendamment des autorités déjà citées, en sens divers: Larombière, III, art. 1295, n° 3 ; Lair, p. 258.

d'éteindre la créance et, par contre, la faculté de le faire chez le cessionnaire. Je ne l'indique point, parce que les causes d'extinction rejaillissent sur le débiteur. Or, nous verrons que la cession est impuissante à elle seule pour transférer la créance au regard des tiers. Je renvoie donc à des explications ultérieures.

Je puis toutefois remarquer, dès maintenant, que si le cédant parvient à éteindre valablement la créance, comme il a manqué à la loi du contrat, des dommages-intérêts sont dûs par lui au cessionnaire.

Certaines prérogatives, utiles pour la conservation vation ou la réalisation d'un droit, sont si intimement liées à la personne du créancier que, lui changeant en vertu de la cession, elle vont disparaître ou apparaître immédiatement.

L'exactitude de cette proposition n'a point à être démontrée ici. Elle découle d'un principe précédemment posé, à savoir que le cessionnaire est plus qu'un mandataire chargé de recouvrer la créance, mais que la propriété de cette créance lui est passée.

Logiquement les déductions que je vais tirer de cette idée devraient toutes être repoussées par ceux qui se refusent à voir dans le cessionnaire un titulaire nouveau du droit. Aucun ne s'est montré conséquent à ce point. En effet, certains résultats auxquels on en arriverait sont inacceptables et achèvent de démontrer le vice même du principe qui leur sert de base.

Ma tâche consistera donc uniquement à rechercher quelles sont les manières d'être de la créance qu'il faut rattacher plutôt à la personne du créancier qu'à cette créance elle-même.

I. — La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits (art. 2252). Un mineur ou un interdit cède-t-il une créance à un majeur maître de ses droits, immédiatement la prescription va reprendre son cours. Est-ce le fait inverse qui a lieu? La prescription qui jusque-là s'avançait s'arrêtera provisoirement.

Ces solutions s'appuient sur la logique et le bon sens.

La suspension de prescription, reposant sur cette idée que le mineur est incapable d'agir, manquerait totalement de base, appliquée à un majeur.

D'autre part, l'impossibilité pour le mineur d'arrêter une prescription commencée étant admise par la loi, s'il achète une créance, comment, sans injustice, laisser courir contre lui cette prescription? Fatalement elle aboutira, car le cédant n'a plus d'intérêt à entraver sa marche [1].

II. — La prescription est suspendue entre époux (art. 2253). Si, grâce à des opérations de cession, des époux entrent ou cessent d'être dans les rapports de

1. Aubry et Rau, IV, p. 438; Bodin, *Revue pratique*, 1858, V. p. 147; Mourlon, *Revue pratique*, 1863, XV, p. 116-119.

créancier à débiteur, la prescription sera suspendue ou reprendra son cours [1].

III. — Toujours dans le même ordre d'idées, s'il s'agit d'une de ces dettes aujourd'hui très rares qui entraînent possibilité de contrainte par corps, le cessionnaire pourra, à raison de ses liens de parenté avec le débiteur, s'en trouver privé, et, réciproquement, il sera autorisé à en user si les rapports de parenté qui liaient le débiteur au cédant ne se rencontrent plus vis-à-vis de lui.

Cette proposition était généralement admise en matière de cession par voie d'endossement de billets négociables avant la loi du 22 juillet 1867 [2].

Mais elle a été contestée pour les cessions ordinaires [3].

C'est à grand tort. La parenté confère au premier chef des prérogatives personnelles qui ne doivent point passer à un cessionnaire [4].

V. — En vertu de l'article 16 du Code civil, l'étranger demandeur doit la caution *judicatum solvi*. Elle ne pourra être requise contre le cessionnaire français. Seule la qualité d'étranger, la défiance qu'ins-

1. Mourlon, *op. et loc. cit.*

2. Bourges, 8 mai 1837, Sir., 37, II, 398; Paris, 1er avril 1840 et 3 mars 1842, Sir., 42, II, 451; Coin-Delisle, *De la contrainte par corps*, p. 103.

3. Limoges, 19 juillet 1854, Sir. 54, II, 759.

4. Bodin, *op. cit*, p. 157; Mourlon, *op. cit.*, pp. 119 et 120; Aubry et Rau, IV, p. 438.

pire l'extranéité, a fait établir cette précaution, exorbitante du droit commun. Sa cause ayant disparu, elle doit cesser avec elle.

Le résultat inverse se produira si, à un créancier français se substitue un cessionnaire étranger.

VI. — Le grand principe de procédure qui veut que le défendeur à une action personnelle soit traduit devant son juge (*actor sequitur, forum rei*) reçoit de l'article 14 une assez grave dérogation. Le défendeur est-il étranger ? La loi, pleine de sollicitude pour ses nationaux, les autorise à le citer devant un tribunal français, que l'obligation ait été contractée en France ou à l'étranger. Elle ne redoute pas tant une partialité chez les juges étrangers qu'elle ne veut nous épargner les difficultés d'une procédure inconnue, dans un pays lointain.

Le *privilegium fori* constitue un attribut de la qualité de français, et j'en tire les deux conséquences suivantes :

A. — Un étranger, créancier d'un autre étranger, cède sa créance à un français ; celui-ci pourra invoquer le bénéfice de l'article 14.

B. — Un français, créancier d'un étranger, cède sa créance à un autre étranger ; il ne lui transmet point un avantage créé pour lui seul.

A. — Un étranger, créancier d'un autre étranger,

cède sa créance à un français ; celui-ci pourra invoquer le bénéfice de l'article 14.

On se refuse généralement à donner à cette proposition l'étendue qu'elle comporte. On l'applique aux transmissions par voie d'endossement d'effets négociables, parce que, dit-on, dans les transmissions de cette nature, les exceptions opposables au cédant ne le sont point au porteur du titre.

On ajoute, ce qui n'est d'ailleurs que la justification du premier argument : Le débiteur, par suite d'un tel titre, s'est moins engagé envers le créancier que vis-à-vis du porteur à l'échéance.

Ces motifs sont forts justes : mais je prétends qu'il faut aller plus loin.

La créance n'est point modifiée dans son essence par ce droit du cessionnaire que n'avait pas le cédant. Le cessionnaire bénéficie d'une faveur qu'il tire de sa personne, d'une qualité qui lui est propre, exactement comme pour la suspension de prescriptions, s'il était mineur.

Sans doute, ce changement de compétence portera préjudice au débiteur ; mais tel est le résultat produit toutes les fois que le cessionnaire jouit de quelque attribut non conféré au cédant. La suspension de prescription contre un débiteur presque libéré n'est-elle pas désastreuse pour lui !

Qu'on ne nous objecte point la lettre même de l'article 14 « pour les obligations contractées. » Avec le reproche de judaïsme, que je puis adresser à une telle interprétation, je remarque qu'elle conduit à des résultats inacceptables.

L'étranger, débiteur d'un français en vertu d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit ou d'un délit, n'a pas, lui non plus, *contracté* avec le français. Lui permettrez-vous d'opposer devant la juridiction française le déclinatoire d'incompétence, et lui créerez-vous une situation plus avantageuse par cela seul qu'il mérite moins de faveur ?

L'ordonnance de Blois est la source de la disposition de l'article 14. L'article 177 de cette ordonnance n'accordait ce privilége, appelé privilége de *committimus*, que pour l'exercice des droits que l'on a de son chef ou du chef de sa femme seulement et *non en vertu de cession ou transport.*

Je puis conclure de la suppression de cette incise à l'abandon de l'idée qu'elle exprimait. En effet, le privilége de *committimus* présentait dans notre ancien droit un caractère odieux. Il s'exerçait le plus souvent contre des nationaux régis par une coutume autre que celle du demandeur, et voilà pourquoi on en restreignait le domaine.

Je ne me dissimule point la fraude que facilite mon système. Les étrangers recourrônt aux cessions pour distraire le cédé de ses juges naturels. Mais tel peut être le but de tout transport quand la situation du cessionnaire n'est point identique à celle du cédant. Les tribunaux sont là pour déjouer ces calculs. Ils ne tiendront aucun compte de l'opération si le prétendu cessionnaire n'est qu'un mandataire du cédant.

B. — Un français, créancier d'un étranger, cède sa créance à un autre étranger ; il ne lui transmet point un avantage créé pour lui seul.

La théorie généralement admise dans l'espèce inverse doit présenter ici une distinction de même nature.

La créance est-elle cessible par voie d'endossement ? L'étranger, porteur de l'effet, ne pourra invoquer le bénéfice de l'article 14.

Est-ce une créance ordinaire ? Le droit du créancier primitif français passera à l'étranger, et celui-ci pourra traduire son débiteur devant une juridiction française.

Sur ce point, comme sur le précédent, je repousse toute distinction et, dans les deux cas, je conteste la transmission, au profit de l'étranger, d'un droit attaché bien moins à la créance qu'à la personne du créancier [1].

SECTION II

Garantie due par le cédant au cessionnaire

L'article 1625 impose à tout vendeur la garantie.

1. *Sic* : Demangeat, sur Fœlix, *droit international privé*, I, p. 358, note a ; Bodin, *revue pratique*, 1858, V, p. 148. — *Contra* : Merlin, *quest. étranger*, § 4 ; Demolombe, I, n° 250 ; Fœlix, *droit international privé*, I, n°s 173 et 174. (Cet auteur n'accorde au français cessionnaire le droit d'assigner le débiteur étranger devant le tribunal français que si celui-ci se trouve de fait en France ; Poitiers, 5 juillet 1832, Sir., 32, II, 441. (Cet arrêt a refusé d'appliquer l'article 14 même en matières de lettres de change) ; Cass., 26 janvier 1833, Sir., 33, I, 100 ; Paris, 15 juillet 1846, *Gaz. des Trib.*, 16 juillet 1846 ; Paris, 24 avril 1852, *Gaz. des trib.*, 10 et 11 mai 1852.

Le cédant doit donc être tenu d'une obligation de ce genre. Mais cette garantie différera de celle due par le vendeur ordinaire, étant donnée la nature spéciale de l'objet vendu.

§ 1^er^. — *De la garantie de droit.*

§ 2. — *De la garantie de fait.*

Ces deux paragraphes composeront la section de la garantie.

§ 1^er^

DE LA GARANTIE DE DROIT

I. — Dans quels cas existe-t-elle ?

II. — A quoi oblige-t-elle ?

I

Dans quels cas existe-t-elle ?

La distinction que je faisais en étudiant la garantie à Rome, entre le droit lui-même et l'émolument que ce droit est destiné à procurer doit être reproduite ici. La garantie est due pour le premier de ces deux objets ; elle ne l'est pas pour le second.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une créance, le cédant est de plein droit tenu d'assurer l'existence du droit qui a fait l'objet du transport (art. 1693) ; mais il ne répond pas du remboursement de la créance. *Præstat veritatem, non bonitatem nominis.* Le cessionnaire est

censé l'avoir prise à ses risques et périls (art. 1694).

L'article 886 impose au copartageant la garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente mise au lot de son copartageant ; mais le partage étant déclaratif (art 883), cette disposition ne peut être considérée comme une exception aux principes relatifs à la cession de créances proprement dite.

Cette théorie, universellement admise dans notre ancien droit ne l'était point en Normandie, par une de ces particularités si communes dans la coutume de cette province. Basnage expose et motive ainsi cette solution exceptionnelle : « En Normandie, dit-il, « nous n'avons point permis à nos notaires d'em- « barrasser nos contrats de tant de clauses, et, « sans nous arrêter à ces distinctions de garantie de « droit et de fait, nous tenons indistinctement que « tout vendeur est tenu, par la seule nature de son « contrat, de garantir, de fournir et de faire valoir « la rente, de la payer par ses mains, lorsque le « débiteur est notoirement insolvable et que ses biens « ont été discutés ; car, garantir une rente n'est « autre chose que la faire bonne, exigible et percep- « tible ; il est inutile de garantir *nomen subesse*, « si l'on ne promet pas *bonum nomen subesse*. » [1]

Laissant de côté la législation d'une province dont l'esprit processif nécessitait des mesures plus strictes et moins sujettes à l'arbitraire, je trouve nettement posés par Loyseau les principes qui régissaient d'une façon générale la garantie :

1 Basnage, *Commentaire sur la coutume de Normandie*, I, p. 103, colonne 2.

« Quiconque vend une dette est tenu de garantir « qu'elle est due et légitimement constituée, encore « qu'il n'y ait aucune stipulation d'éviction ou pro- « messe de garantie au contrat ; car, en tous contrats « de vente indistinctement, le vendeur est tenu de « trois choses par la nature du contrat, pour exclure « le recours de garantie : premièrement que la chose « soit et subsiste ; secondement, qu'elle lui appar- « tienne ; en troisième lieu qu'elle ne soit ni engagée, « ni hypothéquée à autrui et, l'une de ces trois « conditions manquant, l'action de garantie a « lieu. » [1]

L'énumération donnée par Loyseau des hypothèses dans lesquelles l'existence d'un droit et spécialement d'une créance se trouve en jeu n'est pas absolument complète. La créance est menacée dans son existence :

1° Si l'on prétend qu'elle n'a jamais existé.

2° Si ayant existé, elle est actuellement éteinte par l'un des modes de libération, tels qu'un paiement, une prescription, une compensation. etc. [2]

Nous avons constaté, en effet, que les exceptions opposables au créancier primitif l'étaient également au cessionnaire, à moins de circonstances tout-à-fait spéciales ;

3° Si elle n'appartient pas au cédant. C'est une créance héréditaire que le partage a attribuée à son cohéritier ;

1 *Traité de la garantie des rentes*, chap. III, § 1 et 2.
2 Cass., 6 octobre 1807, Sir, 7, I, 540.

4° Si, soumise à une condition résolutoire, cette condition vient à s'accomplir. Elle avait pour objet un prix de vente. L'acquéreur est évincé ou ne trouve point la contenance annoncée et obtient résiliation du contrat ;

5° Si l'acte constitutif est entaché d'une nullité relative et qu'elle soit prononcée. Le débiteur qui l'a souscrit était une femme mariée non munie de l'autorisation maritale, un mineur, un interdit [1].

Provisoirement, dans ces deux dernières classes d'hypothèses, le droit subsiste ; aussi n'ai-je ouvert la garantie qu'une fois la condition accomplie ou la rescision prononcée. Jusque-là le cessionnaire n'est que menacé, il peut seulement suspendre le paiement (art. 1653).

Y a-t-il lieu à garantie dans le cas où une prescription commencée antérieurement à la cession s'est accomplie depuis ? Non, car la prescription n'opérant qu'à l'expiration du temps fixé par la loi, il dépendait du cessionnaire d'en arrêter le cours. Cette décision ne saurait cependant être générale, et les tribunaux restent souverains appréciateurs des circonstances. Le vendeur serait en effet responsable s'il avait, de mauvaise foi, caché à l'acheteur la prescription commencée ou que celui-ci n'eût pas eu le temps moral, avant son accomplissement, de recourir aux mesures interruptives.

Il suffit, pour que la garantie s'ouvre, que le

1. Cass., 19 janvier 1861, Sir, 62, I, 504.

montant réel de la créance soit inférieur à la somme énoncée dans l'acte.

Enfin, la garantie s'étend aux sûretés et accessoires indiqués comme dépendants de la créance et comme compris dans la cession [1].

Du reste, la disposition de l'article 1649 s'applique à ces accessoires comme à la créance elle-même. Il faut que le privilège ou que l'hypothèque existe et aussi large qu'on les a promis, qu'ils portent sur tous les biens désignés ; mais la responsabilité du cédant ne va pas au-delà, et il importe peu que le cessionnaire se trouve à découvert, parce que son droit réel ne vient point en ordre utile. Il importera également peu que la caution dont l'engagement valable venait fortifier celui du débiteur principal se trouve insolvable à l'échéance.

Je rattache à l'existence, et non simplement à l'efficacité du privilége la déchéance dont l'article 550 du code de commerce frappe le vendeur d'effets mobiliers non payés, en cas de faillite : « Le privi-« lége et le droit de revendication établis par le « n° 4 de l'article 2102 du code civil ne peuvent « être exercés contre la faillite. » (art. 550 *in fine*).

Soit l'espèce suivante : Un vendeur de meubles cède sa créance du prix, en ayant soin de spécifier dans l'acte la cause de cette créance, laquelle implique

1. Cass., 7 juillet 1851, Sir 51, I, 471 ; Cass. 23 juillet 1857, Sir., 60, I, 750 ; Troplong, II, 933 ; Aubry et Rau, IV, p. 442.

un privilége. Avant le transport, l'acquéreur de ces objets était déjà en état de faillite. Le cédant devra garantie au cessionnaire à raison de l'influence de cette faillite sur le droit réel qui devait accompagner et sauvegarder sa créance.

Le privilège, en effet, est atteint dans son existence même. On ne le dit que frappé d'inefficacité quand la somme à distribuer est insuffisante pour remplir son titulaire de ce qui lui est dû. Mais ici la loi le supprime purement et simplement, elle en défend l'exercice, sans prendre en considération le point de savoir si sa mise en œuvre ménerait ou non à un résultat utile.

Qu'on ne nous objecte pas que cette déchéance n'est prononcée qu'au profit de la masse des créanciers, et point au profit du débiteur.

Je réponds : Le privilége suppose, par sa nature même, le concours de plusieurs créanciers. Il crée au profit de quelques-uns une situation préférable, *privilégiée*. A l'égard du débiteur, un privilége n'a pas de raison d'être, il ne se conçoit même pas. Or, la masse se compose de tous les créanciers. C'est donc vis-à-vis de tous ceux à l'égard desquels seuls le privilége peut exister qu'il est déclaré ne pas exister [1].

Ma solution sera la même, et par les mêmes motifs, au cas où le cédant aurait annoncé comme accessoire

1. *Sic* : Cass., 10 février 1857, Sir., 57, I, 602; Merville, *Revue pratique*, 1857, IV, p. 401. — *Contra* : Bourges, 14 août 1855.

du droit cédé une hypothèque non encore inscrite et où, soit un jugement de faillite déjà prononcé, soit une acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur, rendrait impossible toute inscription (art. 2146).

Les divers points relatifs à l'existence du principal ou de l'accessoire auront été, le plus souvent, l'objet de contestations en justice. Le cessionnaire, qui peut les soutenir seul, aura grand intérêt à mettre en cause son vendeur. S'il se défend mal, en effet, et que le cédant lui administre des preuves auxquelles les prétentions adverses n'eussent pu résister, l'article 1640 décharge ce dernier de toute responsabilité.

Il va de soi que jamais la garantie de droit n'existe si la cession a été faite à titre gratuit, sauf l'application des articles 1440 et 1547 en matière de constitution de dot.

II

A quoi oblige la Garantie de Droit.

Le cédant doit restituer, avant tout, le prix qu'il a touché *sine causa* ; il doit aussi les intérêts du prix du jour où il l'a touché, car il a joui de cette somme à laquelle il n'avait aucun droit ; enfin, les frais et loyaux coûts du contrat, ceux de la demande en garantie, et le montant de toutes les pertes que le transport peut avoir occasionnées au cessionnaire. En un mot, il doit réparer tout le *damnum emergens*.

L'article 1639 oblige le vendeur d'objets corporels à tenir compte également du *lucrum cessans*. En matière de cession de créances, le gain manqué consiste dans la différence entre le prix de la cession et le chiffre nominal de la créance.

Une prétendue créance de dix mille francs a été transportée à un tiers pour le prix de huit mille francs. Le cessionnaire repoussé a-t-il droit à dix mille ou seulement à huit mille francs de la part de son cédant ?

Je lui donnerais droit à dix mille francs.

C'est la règle générale en matière de vente, et l'article 1693 n'y déroge point.

Je ne me dissimule pas la force de l'objection que l'on tire contre cette manière de voir de l'article 1694. Ce texte suppose une garantie expresse de solvabilité. La garantie, déclare-t-il, n'ira jamais au-delà du prix de la cession. Si telle est sa limite lorsqu'une convention l'accroît, à plus forte raison s'arrête-t-elle là quand une semblable convention n'est point intervenue.

L'*a fortiori* n'est pas ici concluant. Le législateur avait, dans l'article 1694, un motif de détermination spécial.

Quand une créance est vendue au-dessous de sa valeur et que la solvabilité du débiteur est garantie, un gain est assuré au cessionnaire. Ce gain n'a rien que de très légitime, si la créance cédée n'est pas encore exigible. C'est une avance qui est faite au créancier cédant et le cessionnaire en retire les intérêts par voie d'escompte. L'opération s'analyse donc

en un prêt avec intérêts. Or, la loi prohibe le prêt à intérêts au-delà d'un taux déterminé. Dans la crainte d'une infraction à sa défense, elle supprime elle même ce gain dans le cas où le cessionnaire, véritable prêteur, s'adresserait au cédant, l'emprunteur, pour le remplacer par une bonification d'intérêts qu'elle règlera seule.

La disposition de l'article 1694 se justifie mieux encore si le recouvrement de la créance peut être poursuivi dès maintenant. La différence entre son montant nominal et le prix de cession n'est qu'une rémunération pour les soins et ennuis que pourra causer ce recouvrement au cessionnaire. La loi craint avec raison que cette rémunération ne soit exagérée.

Prenons notre hypothèque actuelle, aucune garantie de solvabilité. Une différence, quelque considérable que nous la supposions, entre la somme à verser et celle à recevoir par le cessionnaire s'explique. Elle forme la compensation du risque que ce cessionnaire va courir, le débiteur étant peut-être insolvable. Aussi le gain qu'elle constitue ne pouvait-il nullement éveiller les soupçons du législateur [1].

§ 2

DE LA GARANTIE DE FAIT.

Les principes de la garantie ne touchent point à

1. *Sic*: Colmet de Santerre, VII, p. 199. — *Contra*: Duranton, XVI, 512; Troplong, II, 943; Duvergier, II, 262; Aubry et Rau, IV. p. 442.

l'ordre public et les parties peuvent les modifier à leur gré, soit en restreignant, soit en élargissant leur portée.

Les règles que je formulerai étant puisées dans la convention même, il est entendu que la volonté des parties doit avant tout faire loi, et elles ne sont à suivre qu'à défaut d'une manifestation de cette volonté. L'intention des parties se revèlera, soit dans le rapprochement des diverses parties de l'acte, soit dans les circonstances du fait, soit enfin dans le sens usuel que la pratique donne à la formule qu'elles ont adoptée.

Nous supposerons :

I. — Une diminution de la garantie ordinaire.

II. — Une augmentation de la garantie ordinaire.

I

Diminution de la garantie ordinaire

La simple formule de *non garantie* ne suffit pas pour exclure la garantie ordinaire. Tel est le sens de l'article 1693 *in fine*, d'où il ne faudrait pas induire une prohibition absolue de la clause de non garantie.

Quand une clause formelle de cette dernière nature a été insérée dans un contrat, elle doit s'entendre par interprétation des règles de la vente (art. 1629). Elle n'affranchit le cédant que de toute bonification

autre que celle du prix et de ses intérêts. Ces restitutions, en effet, sont réclamées de lui bien moins en vertu de la garantie que d'un paiement sans cause.

Ma solution ne varierait point, malgré l'adjonction à la clause de non garantie de la formule *ni restitution de deniers*. Dans l'ancien droit la question était controversée. Loyseau, à qui cette formule est empruntée, soutient, dans son *Traité de la garantie des rentes*, qu'elle décharge complètement le vendeur. Un arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Rousseaud-Lacombe, décida, au contraire, qu'elle ne l'empêchait pas d'être tenu de la garantie de droit, et le condamna à restituer le prix de cession d'une créance annulée pour vice de minorité [1].

La controverse n'a guère continué sous nos lois nouvelles, et l'interprétation que je propose est celle qui prévaut sans conteste.

A cette règle je n'admettrais que deux exceptions:

1° La créance était-elle litigieuse et l'acquéreur l'a-t-il prise à ses risques et périls [2] ?

2° Avait-il des doutes sur son existence et sa validité, et n'a-t-il rien stipulé de spécial à cet égard [3] ?

Dans les deux cas tout droit à une répétition quelconque disparaît. Il n'achetait qu'un *alea*, avec les risques qu'il comportait (art. 1629).

La Cour de cassation a jugé qu'une clause ainsi

1. *Garantie*, n° 11.

2. Cass., 9 mars 1837, Sir. 37, I, 309; Cass. 5 juin 1837, Sir. 37, I, 765; Cass., 17 novembre 1875, Sir 76. I, 33.

3. Cass., 4 août 1864, Sir. 64, 1, 401.

formulée : *sans autre garantie que celle de l'existence de la créance*, pouvait, malgré sa conformité en apparence absolue avec la garantie légale, produire quelque effet. Les juges pourraient l'interpréter comme tendant à dégager le cédant de toute responsabilité relative à l'existence des accessoires, tels que priviléges et hypothèques. L'intention des parties plus ou moins évidente sera leur seul guide en cette matière [1].

Quelque extensive que soit la stipulation de non-garantie, jamais elle n'autorise le cédant à porter échec pas son fait personnel aux droits du cessionnaire. C'est là une application du principe d'ordre public déposé dans les articles 1382 et 1383. Toute convention contraire est nulle (art. 1628) [2].

II

Augmentation de la garantie ordinaire

Le but de ces clauses sera d'étendre les sûretés du cessionnaire. La plus fréquente consistera à promettre la solvabilité du débiteur (art. 1694). Cette promesse ne s'étend point à la solvabilité future (art. 1695). Il suffit que le droit soit existant et efficace le jour où il est transféré.

1. Cass., 28 mai 1873, Sir. 74, I, 368.

2 Cass., 16 juillet 1828, Sir. 29, 1, 112 ; Cass., 7 juillet 1851, Sir. 51, I, 471.

Mais l'article 1695 se hâte d'ajouter qu'ici, comme partout, la convention fait la loi des parties.

Voilà deux degrés de garantie conventionnelle. Il en existe un troisième lorsque le cédant s'oblige à payer pour le débiteur, après un simple commandement fait à ce dernier.

Avant d'étudier leurs conséquences, il nous faut savoir laquelle de ces interprétations appliquer aux formules les plus fréquentes qui les expriment.

La clause pure et simple de *garantie* n'ajoute rien à l'obligation légale de garantie ; elle n'atteint point la solvabilité, si le contexte de l'acte ne l'établit.

Cette interprétation n'est point celle de MM. Troplong [1] et Duvergier [2]. Ils voient là une promesse de la solvabilité actuelle et leur manière de penser a été consacrée par un arrêt de la cour de Chambéry [3].

Ce sentiment était déjà celui de bon nombre de jurisconsultes dans notre ancien Droit [4].

Mais l'appui de ces autorités n'a pas ici grande force, puisqu'il s'agit d'interpréter une clause dont l'usage peut d'un jour à l'autre modifier le sens. Or nous sommes en face d'une de ces mentions superflues que les notaires prodiguent parfois dans les actes. Suivre l'article 1157, vouloir à tout prix donner un

1 II, 938.

2 II, 272.

3 Chambéry, 20 mai 1878, Sir. 78, II, 209.

4 Loyseau, chap. II, n° 15 et chap. III, n°s 10 et suiv. ; Lamoignon, I, p. 140, *tit. des transports*, n° 10 ; Bourjon, I, p. 467, n° 21 ; Bacquet, *transport des rentes*, chap. XVII, n° 6, p. 24.

sens pratique à la disposition, ce serait fausser l'intention des parties.

Dans tous les cas, le vague de la formule laisse au moins place au doute, et l'article 1162 le fait profiter à l'obligé, le cédant. L'article 1602 modifie bien cette règle et fait toujours pencher la balance contre le vendeur. Mais la base même de ce principe, fort contestable en raison, défend son extension aux clauses exceptionnelles que l'acheteur a stipulées dans son intérêt. La remarque en fut faite par le tribun Grenier, devant le Corps législatif [1].

A. — Constituent des clauses du premier degré, c'est-à-dire entraînant la responsabilité de la solvabilité actuelle du débiteur:

1° La clause de *garantie de fait;*

2° La clause de *garantie de tous troubles et empêchements quelconques.*

B. — Est une clause du second degré la promesse de *fournir et faire valoir.* La solvabilité du débiteur, tant future que présente, est assurée.

On la joignait fréquemment, jadis, aux cessions de rentes. Nos jurisconsultes coutumiers voyaient dans chacun des arrérages une créance distincte; aussi, en matière de partage, la garantie se perpétuait-elle indéfiniment. C'est par une suite de la même idée qu'il était d'usage, dans les autres actes, d'insérer la

1 Locré, *lég.*, XIV p. 242.

susdite clause. Elle s'analyse, en effet, en une promesse de solvabilité à la naissance de chaque créance spéciale.

Aujourd'hui qu'une doctrine plus saine a restitué à la rente son véritable caractère d'unité, la clause est peu employée. Elle ne l'a jamais été beaucoup dans les cessions de créances ordinaires.

C. — Moins fréquente encore est la clause du troisième degré: *Promesse de payer après commandement fait au débiteur*. C'est peut-être l'unique formule par laquelle on l'exprime.

La différence entre les clauses de la première catégorie et celles de la seconde apparaît à la définition même que j'en ai donnée. N'y a-t-il promesse que de la solvabilité actuelle? Le cédant ne pourra être inquiété s'il établit que le patrimoine du débiteur, aujourd'hui insuffisant, a subi ces amoindrissements depuis la cession.

La preuve de ces faits ne dégagerait point, au contraire, sa responsabilité s'il a promis la solvabilité future. Toutefois la jurisprudence apporte, même alors, une certaine limite à la garantie. La créance était-elle à terme? Le cédant n'est tenu que de l'insolvabilité arrivée avant l'échéance, et il est délié dans le cas où le cessionnaire ne se trouve à découvert que par suite de sa négligence à poursuivre le débiteur à cette époque. Celui-ci ne pourrait même légitimement prétendre que, en fait, la pratique du

notariat donne à cette clause l'étendue que le cédant conteste [1].

Cette diversité d'étendue mise à part, les règles de ces deux clauses sont communes.

1° Le cédant ne s'engage qu'à concurrence du prix qu'il a reçu (art. 1694). Nous connaissons déjà le motif de cette disposition. L'esprit de la loi démontre qu'il s'agit d'une règle prohibitive, et toute dérogation serait nulle.

M. Colmet de Santerre va trop loin quand il refuse au cessionnaire la restitution des frais et loyaux coûts du contrat [2].

Sans doute l'article 1630 les met sur la même ligne que les dommages-intérêts.

Sans doute l'article 1673 autorise l'acquéreur à réméré à les répéter, et, par contre, l'article 1681 ne le permet point à celui dont l'acquisition est rescindée pour lésion. On peut y voir la punition d'une certaine mauvaise foi, si fréquente qu'on la présume.

Mais nous ne pouvons, de notre autorité privée, créer une pénalité semblable dans l'hypothèse de l'article 1693. Ses termes sont moins catégoriques que ceux de l'article 1681.

2° Le cessionnaire, avant de s'adresser au cédant, doit discuter le débiteur, les cautions et les hypothèques fournies pour sûreté de la créance [3].

1. *Sic* : Agen, 6 décembre 1871, Sir. 73, II, 66. — *Contra* : trib. de Montpellier, 26 avril 1872, Sir. 72, II, 152.

2. VII, n° 140 *bis*, III.

3. Turin, 7 mars 1810, Sir. 10, II, 335; Bordeaux, 2 juillet 1813, Sir. 15, II, 11.

Ni l'article 2022, ni l'article 2023 ne s'appliquent.

Ces règles, arbitraires en elles-mêmes, ne peuvent être étendues du cautionnement à la garantie [1].

En tout état de cause le garant peut requérir cette discussion préalable.

Il n'est point tenu de faire l'avance des frais, ni d'indiquer les biens. La discussion devra les atteindre tous, quelque soit leur éloignement. Elle sera poussée *usque ad peram et saccum*, disaient nos anciens auteurs. « Le cessionnaire ne peut valablement dire « qu'il soit évincé de la rente qui lui a été cédée, et « qu'elle ne soit bonne, perceptible et exigible, jus- « qu'à ce qu'il ait fait discussion des biens du débiteur d'icelle, tant meubles qu'immeubles, *usque ad « ungulam*, *usque ad cespitem terræ* [2]. »

Par exception l'acheteur n'était point obligé de discuter le débiteur quand le transport avait lieu entre marchands. Aujourd'hui ce n'est plus vrai que pour les transports par voie d'endossement d'effets négociables.

Le trait caractéristique des clauses de la troisième classe consiste en la dispense de cette discussion préalable. Le cédant a contracté l'obligation de désintéresser le cessionnaire, sous la condition d'un commandement au débiteur resté sans effet. La condition réalisée, l'exécution de l'engagement peut être immédiatement requise.

1. Colmar, 12 novembre 1830.
2. Bacquet, *Traité des rentes constituées.*

Quelque large qu'apparaisse la clause de garantie, le cédant est dégagé si la perte de la créance ou de ses sûretés procède des négligences du cessionnaire si, par exemple, il a omis d'interrompre une prescription ; s'il a donné main-levée inopportune des hypothèques, déchargé les cautions, accordé témérairement un terme, ou, ce terme émanant du cédant, s'il n'en a point fait prononcer la déchéance à une époque où l'insolvabilité n'était encore que menaçante.

Nos anciens jurisconsultes admettaient déjà sans difficulté cette règle et les applications variées que je viens d'en donner. Ainsi il avait été jugé que l'acheteur d'une créance qui ne s'était point opposé à la vente par décret des héritages appartenant au débiteur perdait le recours contre son vendeur, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il aurait été colloqué [1].

L'acheteur d'une créance ou d'une rente était déchu de toute garantie s'il avait laissé prescrire les hypothèques [2].

Ces points sont encore aujourd'hui presque universellement admis [3].

M. Troplong [4] a cependant essayé d'y soustraire les clauses du troisième degré, sous prétexte qu'elles

1 Chopin, sur Paris, 108, liv. III, tit. II, n° 17.

2 Ferrières, sur Paris, 108.

3 Cass., 30 mai 1826, Sir. 27, I, 215 ; Paris, 18 mars 1836, Sir. 36, II, 271.

4 II, 944.

présentaient un engagement principal, indépendant, de la part du vendeur.

Cette opinion me paraît devoir être rejetée, bien qu'elle ait été suivie par plusieurs auteurs de notre ancien Droit [1].

L'article 2080 fait peser sur le créancier gagiste la perte ou détérioration du gage survenue même par sa simple négligence. Le propriétaire qui n'a plus la chose entre les mains se trouve en effet placé dans l'impossibilité de veiller à sa conservation. Identique est la situation du cédant. Il a du se dessaisir des titres. Comment le rendre responsable du défaut d'actes conservatoires qu'il n'avait pas les moyens de faire [2] ?

Mais du jour où l'inefficacité de cette mise en demeure du débiteur lui a été notifiée, la surveillance pèse sur lui. La condition régulièrement accomplie, son engagement est né vis-à-vis du cessionnaire. A lui de s'assurer un recours fructueux sur le débiteur cédé, redevenu son propre débiteur [3].

L'action en garantie dure trente ans (art. 2262). Ces trente ans courent du jour de l'éviction consommée (art. 2257).

Les principes sur la prescription restent les mêmes, que l'objet cédé soit une créance ou une rente. L'ar-

1 Pothier, *vente*, n° 572 ; Loyseau, chap. 11, n° 15 ; Lamoignon, I, p. 140, n° 13.

2 Aubry et Rau, IV, p. 444, note 75

3. Cass., 31 janvier 1870, Sir. 70, I, 255.

ticle 886, avec sa prescription limitée à cinq ans, ne s'applique qu'aux attributions de rentes à un copartageant.

Cette interprétation résulte de son texte et des motifs qui l'ont inspiré. On a voulu restreindre la garantie de solvabilité du débiteur de la rente laquelle, en matière de partage, se perpétuait indéfiniment d'après notre ancienne jurisprudence.

On conteste même que cette prescription spéciale soit applicable à la garantie pour inexistence de la rente [1]. Or, c'est la plus usuelle, la seule garantie de droit dans les transports cessions.

SECTION III

Concours du cédant avec un cessionnaire partiel, ou de plusieurs cessionnaires partiels entre eux

En cas de cession partielle d'une créance, le cédant jouit-il d'un droit de préférence sur le cessionnaire, pour ce qui lui reste dû?

L'article 1252 accorde un privilége de cette nature au subrogeant vis-à-vis de son subrogé. MM. Grenier [2] et Troplong [3] ont voulu l'étendre au cédant.

Cette extension d'une disposition exceptionnelle ne saurait être admise. Elle saurait l'être d'autant moins qu'en elle-même elle constitue un point de droit

1. Duranton, VII, 342 et 345; Aubry et Rau, VI, § 625, note 51.
2. *Priviléges*, I, n° 93.
3. *Priviléges*, I, n° 367.

regrettable. Il est inexact de dire, comme le fait l'article 1252, que, sans ce bénéfice, la subrogation nuirait au subrogeant.

Les questions de préférence, n'ont un réel intérêt, que si le débiteur commun est insolvable partiellement. A supposer que la subrogation n'eût pas déjà mis une partie des deniers entre ses mains, le créancier n'espérerait légitimement toucher au-delà de cette somme, que si le marc le franc, à lui assigné, dépasse le montant de la subrogation. Un privilége au profit du subrogé serait donc plus logique.

En conclurons, nous que le cessionnaire devra passer avant le cédant? Non. Quelque légitime qu'il paraisse, un privilége ne peut être établi sans texte.

Ils se présenteront à l'ordre ou à la distribution par contribution avec un droit égal [1].

Telle est la règle. Mais la convention peut y apporter des exceptions. Cette préférence, que nous refusons au cessionnaire, peut-être lui a-t-elle été assurée par le cédant d'une façon expresse ou tacite?

Elle l'a été tacitement, quand celui-ci a garanti la solvabilité actuelle et future du débiteur. Il s'est engagé à réparer le préjudice que cette insolvabilité

1. Grenoble, 15 janvier 1834, Sir, 35, II, 45; Amiens, 24 juillet 1841, Sir, 45, II, 93; Cass., 12 Août 1879, Sir, 80, I, 57; Marcadé, art. 1250, n° 2; Colmet de Santerre, V. n°s 189 *bis*, XI et 197 *bis* XVI; Aubry et Rau, IV, p. 175; Demolombe, XXVII, n° 333.

pourrait entraîner. Comment l'admettre à occasionner par son concours ce préjudice? *Quem de exceptione tenet actio, eumdem repellit exceptio.*

Une confusion de la règle avec cette exception amène des auteurs et des arrêts à concéder la préférence au cessionnaire dans tous les cas. Le cédant garantit l'existence et la légitimité du droit (art. 1693). Donc, en déduit-on, il ne doit pas en entraver l'exercice [1].

La conséquence et le principe ne sont pas liés. Assurant l'existence d'une créance et ne m'engageant en rien sur les questions de solvabilité du débiteur, je puis, par l'exercice d'un droit légitime, gêner le droit de mon cessionnaire, comme le pourrait faire un tiers.

Ces principes nous permettent de régler facilement les intérêts respectifs de plusieurs cessionnaires partiels.

Le cessionnaire, postérieur en date, a des droits égaux à ceux que s'était réservés le cédant. En conséquence, il viendra comme lui, au marc le franc avec les cessionnaires antérieurs [2].

Telle est l'unique base sur laquelle je fais reposer cette égalité de cessionnaires successifs, et je ne me

1. Bordeaux, 3 février 1831, Sir, 31, II. 141; Troplong, *priviléges*, I, 367; Grenier, *priviléges*, I, 93; Zachariæ, § 288, note 6.

2. Cass. 4 août 1817, Sir. 17, I, 373; Cass. 20 Mai 1866, Sir. 66, I, 393; Grenier, *priviléges*, II, 297; Troplong, *priviléges*, II, 366; Pont, *priviléges*, n° 239; Aubry et Rau, IV, p. 445.

prévaux point des articles 2097 et 2112 étrangers à la question. Rien, à mes yeux, n'est plus dangereux pour une théorie, parce que cela met en garde contre elle, que l'appui d'arguments faux [1].

Etant donné mon point de départ, une assimilation absolue entre les droits du cédant après une première cession et ceux des cessionnaires ultérieurs, je suis amené à faire primer ceux-ci par le précédent cessionnaire dans le cas où le cédant l'eût lui-même été.

Nous verrons bientôt qu'au regard des tiers la cession est réputée ne pas exister tant qu'elle n'a point été signifiée ou acceptée. En l'absence de l'une et l'autre de ces conditions, le second peut repousser les prétentions du premier à un privilége.

Mais, ces réserves faites, le cédant avait-il accordé la préférence à un cessionnaire, soit expressément, soit tacitement, il n'a pu transmettre le reste de sa créance que grevé de la même charge : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* [2].

La Cour de Nancy, dans un arrêt du 9 mars 1858 [3], reconnaît le principe, mais elle en fait une fausse application. Elle se refuse à voir dans la garantie de solvabilité actuelle et future une concession de priorité.

1. Zachariæ, § 288, note 7.

2. Paris, 17 avril 1834, Sir. 34, II, 305 ; Cass., 20 novembre 1865, Sir., 66, I, 201.

3. Sir., 58. II, 369.

Ce point est cependant incontestable. Mais l'arrêt prête à critique à un autre point de vue.

Dans l'espèce, le créancier, après une première cession de la nature indiquée, en opère une seconde et accorde ici expressément un droit de préférence. La Cour respecte cette clause et fait passer le second cessionnaire avant le premier. Elle commet là une nouvelle erreur. La promesse de solvabilité, je le veux pour un instant, n'entraîne aucun avantage relatif au rang. Encore est-il que le premier cessionnaire avait acquis le droit d'être traité sur le même pied que son cédant et celui-ci ne peut l'en dépouiller au profit d'un tiers [1].

1. Aubry et Rau, IV. § 359 *bis*, note 82.

CHAPITRE III

RÈGLES SPÉCIALES POUR L'EFFICACITÉ DE LA CESSION DE CRÉANCES A L'ÉGARD DES TIERS

La propriété de la créance est passée du cédant au cessionnaire, avons-nous vu, par la convention de cession. C'est là une des conséquences de ce grand principe nouveau que le contrat produit son effet par lui seul.

Toutefois, l'article 1690 nous avertit que la transmission ne s'opère vis-à-vis des tiers que par l'accomplissement de certaines formalités. Rien de contradictoire dans ces deux idées. La convention est pour les tiers *res inter alios acta*. Un acte, auquel ils sont restés étrangers, ne doit point leur causer préjudice.

Cette situation équivoque ne saurait indéfiniment se perpétuer. Que signifierait la cession de créances si jamais le cessionnaire ne pouvait se prévaloir de son droit contre qui que ce fût, autre que son vendeur ?

La nécessité d'un élément de publicité qui portât l'acte à la connaissance des tiers, qui les avertit de son existence et les mît en demeure de se comporter comme s'ils y avaient acquiescé s'imposait donc. Les articles 1690 et 1691 sont venus y répondre.

Le Code civil présentait en ces matières de transfert de propriété une théorie bien disparate.

Un avertissement, une constatation notoire de ce qui s'est passé est donc requise pour que le transport de créances soit un acte opposable aux tiers.

Dans les aliénations de meubles corporels, nulle exigence de cette nature. Il est vrai que le principe de l'article 2279 : En fait de meubles, possession vaut titre, vient parer à tous les inconvénients, à tous les dangers de cet état de choses.

Si nous passons aux immeubles, nous trouvons cette mesure de publicité indispensable pour la transmission à titre gratuit. Elle consiste dans la transcription de l'acte de donation sur le registre, ouvert au public, du conservateur des hypothèques (art. 939).

Au contraire, cette convention de transmission s'est-elle effectuée à titre onéreux, elle est parfaite, par elle seule vis-à-vis de tous. Cet acte, auquel des tiers n'ont pas pris part, dont ils devraient être en droit de méconnaître l'existence, que le plus souvent ils ignorent en fait, est constitué, par son existence seule, titre à eux opposable.

On assiste donc à ce singulier spectacle que le contrat le plus usuel en matière immobilière, la vente, est soustrait aux mesures protectrices appliquées aux autres. Là où leur besoin se manifeste davantage, on les laisse de côté.

Plus logique était notre ancien Droit.

« Le simple transport ne saisit point, dit l'article 180

« de la coutume de Paris, et il faut signifier le trans-
« port à la partie et en bailler copie. »

Pothier commentait ainsi l'article 108 :

« Le transport d'une rente ou autre créance est,
« avant que la signification en ait été faite au débi-
« teur, ce qu'est la vente d'une chose corporelle
« avant la tradition. De même que le vendeur d'une
« chose corporelle demeure, avant que la tradition
« en ait été faite, possesseur et propriétaire de la
« chose qu'il a vendue ; de même, tant que le ces-
« sionnaire n'a point fait signifier au débiteur le
« transport qui lui a été fait, le cédant n'est point
« dessaisi de la créance qu'il a transportée[1] ».

Ce passage de Pothier nous révèle que les principes de l'ancien Droit étaient différents des nôtres sur ces points. Même entre les parties, la propriété ne se transférait point par le seul effet de la convention. Mais ce n'est point là ce qui me frappe. C'est l'assimilation absolue entre la vente de créances et la vente de choses corporelles.

La signification présentait donc un caractère bien différent de l'ancienne *denuntiatio* du Droit romain, laquelle, avons nous vu, constituait une simple défense au débiteur de se libérer entre les mains du cédant.

Brodeau se trompe quand il rattache ces deux institutions l'une à l'autre. « La disposition de cet ar-
« ticle (art. 108), dit-il, est conforme à celle du Droit

1 *Vente*, n° 551.

« romain (L. 3, Code, *de novationibus*, et l. *ult. de* « *transactionibus*), où il est dit que celui qui a cédé « ses droits à un tiers demeure seigneur et pro- « priétaire et retient, par devers lui, l'action directe, « laquelle il peut exercer, et, en vertu d'icelle, exiger « et recevoir du débiteur la somme cédée, jusqu'à ce « que le cessionnaire lui ait dénoncé, notifié et si- « gnifié son transport [1] ».

Pollet le réfute victorieusement. « Il est constant, « dit-il, qu'aux termes du Droit romain la simple « cession vaut tradition à l'égard des choses incor- « porelles [2] ».

Aussi le parlement de Douai admettait-il que la cession, sans signification, transférât la propriété. « In incorporalibus cessio habetur pro traditione »[3].

La jurisprudence de ce parlement présentait donc une anomalie semblable à celle que je reproche à notre Code ; mais elle la présentait en sens inverse, comme le droit romain qu'elle suivait en cela.

La tradition était indispensable pour le transfert des choses corporelles. Pour les créances la simple cession, sans signification représentative de la tradition, était parfaite.

Dans le Bourbonnais la même théorie prévalait. L'article 127 de la Coutume portait en effet qu'il suffisait de justifier du transport.

1 *Commentaire sur la coutume de Paris*, t. II, art. 108.

2 *Recueil d'arrêts* du parlement de Douai, part. I § 22.

3 Arrêt du 5 novembre 1691, rapporté dans le recueil de Flines, § 18.

Au contraire la Coutume de Melun (art. 310) et celle de Blois (art. 263), exigeaient que le cessionnaire eût fait déclarer l'obligation exécutoire contre le débiteur.

Dans la province de Béarn, on allait plus loin encore. Le cédant n'était réputé dessaisi que par le paiement fait au cessionnaire.

Mais ces principes étaient exceptionnels. La disposition de droit commun était celle de l'article 108 de la Coutume de Paris, que nous retrouvons reproduite dans presque toutes les autres, notamment dans celles de Calais (art. 224), de Clermont-en-Beauvoisis (art. 55), de Saintonge (tit. 5, art. 42), de Nivernais (chap. XXXII, art. 1er).

Partout la nécessité de la signification, une fois implantée, persista.

Au contraire on se relâcha sur l'exigence d'une tradition effective et réelle dans les aliénations de choses corporelles. Les clauses de *désaisine-saisine* y suppléèrent.

Voilà peut-être l'origine de cette diversité de principes, si regrettable, que le code civil a consacrée.

Cette anomalie réclamait impérieusement une réforme. L'absence de notoriété des ventes immobilières constituait les plus graves dangers. Aussi la loi du 23 mars 1855 les a-t-elle soumises à la même formalité que les donations, une transcription sur le registre du conservateur des hypothèques.

Il résulte de cette pluralité de documents législatifs que la loi ne présente point en cette matière un tout homogène. Les personnes qui, d'après la loi du 23

mars 1855 peuvent opposer le défaut de transcription d'une vente ne sont point les mêmes que celles qui peuvent opposer le défaut de signification d'un transport, et celles-là, ainsi que les premières, diffèrent également des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription d'une donation. C'est un point que je ne fais que signaler. Une étude plus approfondie empiéterait sur le domaine de la transcription.

Je diviserai ce chapitre III[e] en quatre sections :

Section I[re]. — *Conditions à l'accomplissement desquelles est subordonnée l'efficacité de la cession de créances à l'égard des tiers.*

Section II. — *Conséquences de l'inaccomplissement de ces conditions.*

Section III. — *Conséquences de l'accomplissement de ces conditions.*

Section IV. — *Quelles cessions de créances sont soumises à l'accomplissement de ces conditions pour leur efficacité à l'égard des tiers ?*

SECTION I[re]

Conditions à l'accomplissement desquelles est subordonnée l'efficacité de la cession de créances à l'égard des tiers

« Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers « que par la signification du transport faite au débiteur. »

« Néanmoins le cessionnaire peut être également « saisi par l'acceptation du transport faite par le « débiteur dans un acte authentique. » (Art. 1690.)

Deux procédés sont donc à la disposition du cessionnaire, le premier indépendant de la volonté du débiteur cédé, le second résultant de son acquiescement. L'un et l'autre effectuent toute la publicité désirable. Ils tiennent le débiteur au courant de la situation. Or, c'est lui surtout qui a intérêt à connaître le changement de créancier. Quant aux tiers qui voudraient traiter sur cette créance, s'ils sont prudents, ils ne manqueront jamais de prendre, auprès du débiteur, les renseignements désirables. L'avertissement de celui-ci était donc tout à la fois nécessaire et suffisant.

Un § 1er sera consacré à l'examen de la signification

Un § 2e à celui de l'acceptation par le débiteur.

§ 1er

SIGNIFICATION AU DÉBITEUR

La signification est une notification officielle de la cession.

A. — Une signification est exigée. La saisie-arrêt pratiquée par le cessionnaire entre les mains du dé-

biteur ne peut en tenir lieu [1]. Sa forme sera celle d'un exploit ordinaire. Il suffit qu'elle contienne la substance du transport et une copie littérale dépasserait le vœu de la loi. L'article 108 de la Coutume de Paris prescrivait, il est vrai, de *bailler copie* de l'acte; mais cette exigence ne se retrouve point dans l'article 1690.

Le contexte nous révèle nettement l'idée de la loi. L'acceptation et la signification de l'acte sont mises sur la même ligne. Or, il est évident que le législateur avait en vue l'acceptation de la convention (*negotium juridicum*) et non de l'acte instrumentaire qui la constate.

Il suffira donc que le cessionnaire fournisse la justification de sa qualité. Les détails du contrat de transport n'intéressent pas le cédant [2].

Nulle pour défaut de forme, la signification est non-avenue. La régularité de la copie remise au débiteur ne couvrirait pas les vices de l'original. Cet original fait donc à lui seul preuve complète et, sauf le cas de force majeure, le cessionnaire est tenu de le représenter.

1. Tribunal de l'Empire, 11 juillet 1881, Sir. 82, IV, 33.

Le Reichsgericht, ou tribunal d'Empire (Allemagne), siége à Leipsig. Ce tribunal suprême, analogue à notre Cour de cassation, a parfois à faire l'application des règles du Droit français, notre Code civil étant encore en vigueur dans quelques pays allemands situés sur la rive gauche du Rhin. Sa jurisprudence peut donc présenter de l'intérêt pour le jurisconsulte français.

2. *Sic*: Orléans, 26 février 1813, Dev. et Car., coll. nouv., 4, II, 265. — *Contra*: Bordeaux, 13 juillet 1848, Sir. 49, II, 24.

B. — Cette signification est, comme toute signification, un acte d'huissier. Œuvre d'un notaire, elle serait nulle. La loi organique du notariat du 25 ventôse, an XI, ne leur accorde pas le droit de faire des notifications, et les exceptions écrites dans le Code civil pour les actes respectueux (art. 154) et dans le Code de commerce pour les lettres de change (art. 173) prouvent bien que, en règle générale, il s'agit là d'un bénéfice exclusivement réservé aux huissiers [1].

C. — Où doit être adressée cette notification ? Elle sera faite à personne ou à domicile. Faite à la simple résidence du débiteur, elle serait nulle si elle ne l'a pas touché en personne [2].

Si les parties ont élu un domicile spécial pour l'exécution de l'engagement (art. 111), le cessionnaire aura le choix entre le domicile réel et le domicile élu. Les significations relatives à l'acte peuvent y être faites, porte textuellement l'article 111.

Je sais bien que le domicile est élu spécialement pour l'exécution. Mais il me semble que la désignation d'une personne nouvelle entre les mains de qui devra être fait le payement, a trait, au premier chef, a l'exécution.

Ce sentiment était déjà celui de Brodeau qui écrivait, commentant l'article 108 de la Coutume de Paris : « Encore bien que la Coutume requière que la signi-

1. *Sic*: Bruxelles, 23 mars 1811, DALL., *rép.*, 43, v° *vente*, n° 1685.
2. Cass., 4 mai 1874, SIREY, 75, I, 69.

« fication du transport soit faite à parties il suffit « qu'elle soit faite au domicile de la partie, ce qui « s'entend du domicile actuel du débiteur, ou de « celui qu'il avait élu par le contrat ou obligation [1].

Cette possibilité de signifier le transport au domicile élu simplifie les choses quand le débiteur est étranger. Mais un concours de circonstances peut amener qu'aucune élection de cette nature n'ait eu lieu et d'autre part que l'on ne connaisse au débiteur étranger ni domicile réel, ni résidence en France.

Appliquera-t-on l'article 69 du code de procédure civile et suffira-t-il de remettre au parquet une copie de la notification ?

La jurisprudence a décidé avec raison que cet article, spécial aux assignations, pouvait être étendu d'autant moins à la situation actuelle qu'elle présentait la plus grande analogie avec celle réglementée par l'article 560 du même code. Aux termes de ce texte, la saisie arrêt doit être signifiée à personne ou à domicile. Or, l'une et l'autre de ces notifications ont même objet: rendre impossible l'extinction ou le déplacement de la créance [2].

Quand le débiteur est l'État, un Département ou une Commune, les cessions et transports doivent être signifiés aux payeurs, agents ou préposés du Trésor Public sur la caisse desquels les ordonnances

1. *Sic*: Demolombe, I, n° 381. — Contra: Bruxelles, 30 novembre 1809, Sir. 10, II, 247; Aubry et Rau, IV, p. 428; Laurent, XXIV, n° 484.

2. Paris, 25 février 1823, Dall, 43, v° *vente*, n° 1745.

ou mandats de payement sont ou doivent être délivrés. Les oppositions ou significations ne seraient point valablement reçues par les ordonnateurs. Le permettre serait enlever à l'acte une grande partie de son utilité. C'est avant tout celui des mains duquel sortiront les deniers, qui doit être averti du transport, afin qu'il ne s'acquitte plus entre les mains du cédant [1].

A qui doit s'adresser la notification, si la somme affectée au paiement se trouve entre les mains d'un tiers, comme dépôt, ou à tout autre titre?

J'emprunte une espèce à un arrêt de la cour de de cassation afin de bien montrer la façon dont se pose en pratique la question et surtout le grave intérêt qu'elle peut présenter.

Les fonctionnaires des finances sont obligés de fournir un cautionnement qui garantira leur gestion. Ce cautionnement provenait, dans l'espèce, d'un bailleur de fonds. Celui-ci cède à un tiers la créance que ce prêt a fait naître à son profit contre le fonctionnaire. Ce tiers doit-il, pour être investi de son droit *erga omnes* en avertir officiellement le débiteur, le fonctionnaire? N'est-ce pas plutôt le tiers détenteur, la caisse des dépôts et consignations que cette signification doit atteindre?

La loi du 25 Nivôse, an XIII, a organisé un privilége de second ordre au profit du bailleur de fonds.

1. *Sic*: Cass, 4 mars 1840. Sir, 40, I, 211. — *Contra*: Chambéry, 17 janvier 1873, Sir. 73, II, 79.

Le résultat de ce privilége, si les formalités imposées par les décrets des 28 août 1808 et 22 décembre 1812 ont été accomplies, sera d'empêcher toute restitution des fonds entre les mains du fonctionnaire. Ils passeront directement de la caisse de l'Etat dans celle du prêteur. Le cessionnaire auquel est transmis, avec la créance de ce prêteur, le privilége qui n'en est que l'accessoire, a donc bien plus grand intérêt à tenir averti du transport le directeur de la caisse des consignations que le débiteur lui-même.

C'est sur ce fondement que la Cour de Cassation a exigé que la notification touchât le premier et décidé qu'elle serait frustratoire s'adressant au second [1].

Peut-être la lettre même de l'article 1690, quand il exige une notification au *débiteur*, est elle violée? Mais son esprit doit l'emporter sur une interprétation littérale. Or, ce que veut la loi, c'est que la signification touche celui des mains duquel les fonds doivent sortir. Ne pourrait-on pas considérer, jusqu'à un point, le tiers détenteur comme étant le véritable débiteur, puisque c'est lui, possesseur actuel de la somme, qui la doit et qui s'en dessaisira?

Enfin l'article 557 du code de procédure civile prête un dernier appui à cette démonstration. J'ai déjà eu l'occasion de signaler la très grande analogie, presque l'identité d'objet qui rapproche la signification d'un transport de la signification d'une saisie arrêt. Or, cet article 557 exige que la saisie arrêt soit

1. Cass. 17 novembre 1841, Sir, 42, I, 335.

signifiée, non au débiteur sur lequel elle est formée, mais au tiers détenteur, débiteur ou non des sommes ou effets qu'elle a en vue d'atteindre [1].

Je suppose une dette solidaire. Faudra-t-il autant de notifications distinctes que d'obligés ?

Les principes de la solidarité vont nous aider à résoudre ce point de droit. Une dette, quoique solidaire, n'en est pas moins unique. C'est le même lien qui tient tous les obligés. Aussi une seule signification doit-elle suffire.

Mais si telle est la règle, le cessionnaire agira prudemment en avertissant tous les débiteurs. L'équité et la loi veulent, en effet, que les paiements qu'ils auront effectués de bonne foi entre les mains du détenteur du titre soient libératoires (art. 1240)[2].

§ 2me

ACCEPTATION DU TRANSPORT PAR LE DÉBITEUR

La loi met à la disposition du cessionnaire ce second moyen d'obtenir saisine complète. La publicité est réalisée quand le débiteur est instruit du transport. Une acceptation de l'état de choses nouveau est la preuve la plus irréfragable qu'il ne lui est pas inconnu.

1. Voyez dans le même sens: Limoges, 14 janvier 1842, Sir. 42, II, 428; Cass., 8 mai 1844, Sir. 44, I, 612; Cass., 5 janvier 1875. Sir, 76, I, 157.

2. Rouen, 15 juin 1847, Sir. 49, II, 25.

Toutefois, cette acceptation doit revêtir une certaine forme. A la différence de la cession elle-même qui peut être prouvée par acte sous seing privé, l'acceptation doit être contenue dans un acte authentique. Il ne peut être suppléé à la notification qui aurait été faite nécessairement par le ministère d'un officier public que par un acte reçu de même par un officier public.

Il serait futile, peut-être, du législateur de s'être arrêté à une pareille raison de similitude; mais cette exigence trouve à son appui les plus solides motifs.

D'une part, la minute de l'acte authentique empêchera de faire disparaître frauduleusement la preuve de l'acceptation, de la même façon que l'original de la notification, resté aux mains de l'huissier, assurera la preuve de l'accomplissement de cette formalité.

D'autre part, l'acte sous-seing ne fait point foi, comme l'acte authentique, de sa date, ni de la sincérité des signatures qu'il porte. De ces deux inconvénients, le premier pouvait être facilement évité, l'article 1328 indiquant le procédé à suivre pour donner à un acte date certaine. Mais au second il n'existe aucun remède. L'acte sous signature privée, bien qu'enregistré, laisse les tiers dans l'incertitude. Si cette signature du cédé est par lui contestée, la validité de l'acceptation dépendra de l'issue douteuse d'un procès en vérification d'écriture.

Dans ce litige qui les intéresse à un si haut point, les tiers seront le plus souvent fort empêchés de con-

tester efficacement les dénégations du signataire prétendu. Ces tiers sont, verrons-nous, les ayants-cause du cédant, c'est-à-dire des personnes qui, n'ayant eu aucune relation avec le cédé, manqueront de tout élément qui puisse leur permettre d'apprécier la vérité de la signature attribuée à celui-ci.

Ces diverses considérations réunies me portent à considérer, avec la jurisprudence, comme insuffisant l'acte sous-seing, même ayant acquis date certaine par l'enregistrement[1].

Au reste, il n'est pas nécessaire que l'acceptation et la cession forment deux actes matériellement distincts, et, si cette dernière est constatée par acte authentique, le même *instrumentum* pourra contenir l'acceptation du débiteur.

SECTION II

Conséquences de l'inaccomplissement des formalités

L'acte, parfait entre ceux qui l'ont passé, n'est point opposable aux *tiers ;* il est réputé ne pas exister vis-à-vis d'eux. Telle est la formule qui contient toutes les conséquences de l'inaccomplissement des formalités indiquées. Mais une réponse de cette nature ne résout point la difficulté, elle ne fait que le reculer. Qui est un *tiers ?*

1. Cass., 2 mars 1814, Sir. 14, I, 198; Dijon, 9 février 1847, Sir. 48, II, 190; Rennes, 29 juillet 1861, Sir. 62, II, 225.

Ce point est d'autant plus délicat que l'expression *tiers*, reproduite par un grand nombre de textes, offre dans chacun d'eux un sens différent.

Les tiers de l'article 1165 ne sont point ceux de l'article 1321, lesquels se séparent eux-mêmes des tiers de la loi du 23 mars 1855.

Sans sortir de nos textes, l'article 1689 fait allusion à un ordre d'idées tout différent de celui qu'exprime l'article 1690 par le même mot tiers. Quand il parle de droits et actions sur un tiers, il a en vue les créances et les rentes, lesquelles ont pour objet le fait d'une personne, par opposition aux droits réels, lesquels portent directement sur une chose. Au contraire, l'article 1690 désigne les individus auxquels le changement de titulaire de ce droit personnel ne peut être opposé.

Ecartons tout d'abord de la classe des tiers les deux parties contractantes. Quelque grand que soit l'intérêt du cédant à rentrer dans la propriété de sa créance, quelle que persistante et impardonnable qu'ait été la négligence du cessionnaire à notifier, jamais le cédant ne pourra s'emparer de cette omission et recouvrer l'exercice de son droit.

A plus forte raison le cessionnaire, aux soins duquel est abandonné l'accomplissement de ces formalités, ne peut-il s'autoriser de leur défaut pour faire tomber un contrat librement consenti.

Aux parties elles-mêmes doivent être assimilés leurs représentants à titre universel, héritiers du sang réguliers ou irréguliers et héritiers par la volonté

du *de cujus*. Ils succèdent à toutes les obligations de leur auteur.

Dans notre ancienne jurisprudence, où le transfert de propriété par la convention seule était inconnu, on déniait aux héritiers la faculté d'invoquer le défaut de notification, et cette prohibition reposait sur la persistance en leur personne des engagements de leur auteur : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, disait-on avec raison. Aujourd'hui que le contrat réalise par lui seul le déplacement de la propriété, la même solution s'impose avec plus de force que jamais.

Toutefois, si l'acceptation n'a eu lieu que sous bénéfice d'inventaire, cette sage précaution a pour résultat de conférer à l'héritier, à côté de ce titre, celui de véritable étranger. Aussi, se trouve-t-il, par suite de contrats passés avec le *de cujus*, investi de droits qui permettent d'invoquer la qualité de tiers ? Il pourra se prévaloir du défaut de notification.

Voilà des points certains. Mais, en dehors de ces personnes, à quel signe, à quel criterium reconnaîtrons-nous les tiers ? Beaucoup d'auteurs [1] proposent le suivant : Etiez-vous étranger à la cession ? Par cela seul que vous justifiez d'un intérêt quelconque à la repousser, vous en avez le droit.

Cette formule est trop large et elle mène à des conséquences que nous réprouverons.

1. Troplong, II, nos 895-897 ; Duvergier, nos 189-192 ; Laurent, XXIV, no 502.

« Ceux-là seuls sont des tiers qui ont un intérêt « légitime à écarter la cession *pour faire maintenir* « *des droits ou avantages acquis depuis sa passation.* » Telle est la définition de MM. Aubry et Rau [1], et la seule que je croie exacte.

D'après la manière de voir de MM. Troplong, Duvergier et Laurent, les dispositions de l'article 1690 seraient empreintes d'un formalisme qui répugne à l'esprit général de notre législation. Sauf pour certains contrats absolument exceptionnels l'efficacité de l'acte est indépendante de sa solennité.

Ce principe est vrai en matière de cession de créances. Or, si nous autorisions toute personne à repousser les prétentions du cessionnaire alors même qu'elles ne tendent pas à lui enlever un droit, nous en arriverions à considérer l'acte de cession comme imparfait et comme impuissant à produire quelque effet par lui seul.

Déjà j'ai eu l'occasion de signaler que l'article 1690 se rattachait à un système général de publicité des transmissions de propriété, système complété pour certains actes par la loi du 23 mars 1855. Précisément, l'article 3 de ce document législatif n'autorise à invoquer l'absence de publicité que ceux-là qui justifient d'un droit sur la chose. Ses rédacteurs se sont placés au point de vue que j'indique.

Je n'ai point la prétention de faire servir à l'interprétation de l'article 1690 un texte postérieur. Toute-

1. IV, p. 427.

fois, j'en puis légitimement tirer cette conclusion : Le principe de la perfection de l'acte par le seul accord des volontés mène au sens relativement étroit que j'attribue au mot tiers dans notre article.

§ 1er — *Qui n'est pas un Tiers ?*
§ 2e — *Qui est un Tiers ?*

Telles sont, partant de ce principe, les deux questions que nous avons à résoudre

§ Ier

QUI N'EST PAS UN TIERS ?

Le Débiteur, au moins dans une certaine mesure.

I. — Le cessionnaire pourra se livrer vis-à-vis de lui à tous les actes *conservatoires* de sa créance. De sa nature, en effet, l'acte conservatoire ne lèse aucun droit acquis. Le cessionnaire fait ce que le cédant aurait fait lui-même [1].

Il peut notamment ;

1° Conduire des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs du débiteur cédé;

2° Arrêter la prescription;

3° Interjeter appel d'un jugement rendu en faveur du débiteur ;

4° Si la créance est hypothécaire, prendre inscrip-

1. *Contra* : Laurent, XXIV, n° 520.

tion sur l'immeuble grevé, ou renouveler les inscriptions précédemment prises. Il lui est loisible de changer dès maintenant, en conformité de l'article 2152, le domicile élu dans cette inscription. Mais, avons-nous constaté, le conservateur des hypothèques est en droit d'exiger, dans tous les cas, la production d'un acte de cession authentique.

5° Sur une purge poursuivie par le tiers détenteur former la surenchère du dixième.

M. Troplong [1], tout en concédant au cessionnaire le droit à des actes conservatoires, ne lui permet point la surenchère du dixième. Selon lui la surenchère du sixième en cas d'expropriation forcée, c'est-à-dire celle offerte aux étrangers, lui serait seule ouverte; et, si l'aliénation a été volontaire, toute lui serait refusée.

Cette opinion se rattache, comme le font très bien remarquer MM. Aubry et Rau, au sens trop étendu que M. Troplong assigne au mot tiers.

La faculté de surenchérir est bien, pour le créancier hypothécaire, un moyen de conserver l'intégrité de son gage. Pourquoi le refuser au cessionnaire, plus que tout autre tendant à la conservation de sa créance ?

L'exercice de la surenchère privera le tiers du bénéfice de son acquisition. Mais où serait son intérêt à contester l'effet de la cession? Cette surenchère pouvait être formée par le cédant. Le défaut de publi-

1. II, nos 895, 897.

cité ne lui a causé aucun préjudice, ses notifications ayant été valablement faites au domicile élu dans l'inscription [1].

II. — Je vais plus loin et j'accorde au cessionnaire le droit à des actes *d'exécution* [2] :

1° Il peut se faire colloquer dans un ordre ouvert sur le prix d'immeubles du débiteur, et prendre part à une distribution par contribution ;

2° Il peut, sans attendre l'action des autres créanciers, entreprendre le premier et diriger des poursuites en paiement contre le débiteur, si la dette est exigible ;

3° Si elle ne l'est pas, il peut, à l'instar du créancier primitif, le faire déclarer déchu du bénéfice du terme lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés que le contrat donnait au créancier (art. 1188, *in fine*).

Et ni dans l'une, ni dans l'autre de ces hypothèses, le débiteur ne serait recevable à exciper du défaut de signification.

Ces points de droit ressortent très nettement du caractère particulier que nous avons attribué aux tiers. La cession a-t-elle porté échec à un droit du débiteur légitimement acquis ? Non. On ne lui conteste point le bénéfice d'une libération, puisqu'il

1. Cass., 22 juillet 1828, DALL., 43, v° *Vente*, n° 1734 ; DUVERGIER, II, n°s 205 et 206 ; Aubry et Rau, IV, p. 434.

2. *Contra* : LAURENT, XXIV, n° 521.

n'en a jamais obtenu. Il doit payer, et peu lui importe au profit de qui.

Cette proposition incontestable au point de vue des principes se fortifie d'arguments de texte.

L'article 1691 est ainsi conçu : « Si, avant que le « cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport « au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il serait « valablement libéré. » A-t-on les droits d'un tiers en vertu de l'article 1690 par cela seul qu'on n'a pas été partie au transport l'article 1691 devient inutile, nuisible même, puisqu'il est de nature à provoquer l'erreur. Au contraire il prend une signification propre lorsqu'on le regarde comme précisant et déterminant le sens de l'article 1690 : Le débiteur ne peut se prévaloir du titre de tiers et repousser la cession que s'il invoque un droit légitimement acquis. Telle serait une cause de libération.

A l'exemple de notre ancien droit, les rédacteurs du Code ont attaché aux immeubles une valeur inappréciable en argent et que n'ont pas les meubles. Aussi l'expropriation en est-elle soumise à une foule de formalités, est-elle l'objet de précautions toutes spéciales. Par un motif emprunté à cet ordre d'idées, l'article 2214 ne permet au cessionnaire d'un titre exécutoire de poursuivre cette expropriation qu'après signification du transport au cédé. Dernière protection, dernier répit que justifie la pénible situation du débiteur aux abois.

Le brocard, devenu presque trivial, que les exceptions confirment la règle, trouve ici une applica-

tion absolument forcée. Si, en thèse générale, la notification est indispensable pour armer le cessionnaire vis-à-vis du débiteur, à quoi bon l'exiger, en cette matière, par un texte spécial?

L'existence même de cette disposition vient donc, à l'exemple de l'article 1691 préciser encore le sens de l'article 1690 et la conclusion légitime que nous pourrions tirer de ces textes seuls, abstraction faite pour un instant des arguments de raison, serait celle-ci : Tout acte d'exécution et, a fortiori, de conservation est permis au cessionnaire par suite de la simple convention de transport [1];

4° Les voies d'exécution sont ouvertes au cessionnaire non-seulement contre le débiteur, mais contre toute personne tenue du paiement, telle qu'une caution.

Mais le débiteur, comme la caution, ont droit de prétendre que leur paiement soit définitif et ils peuvent se refuser à l'effectuer toutes les fois qu'une libération n'en résulterait pas d'une façon indiscutable. Cela m'amène à leur permettre, comme je l'ai fait au conservateur des hypothèques, d'exiger une justification absolue du titre du cessionnaire. Une certitude ne peut résulter pour eux que de la constatation du transport par acte authentique. Le créancier primitif, signataire d'un acte sous-seing privé, le contesterait peut-être et viendrait réclamer le paiement d'une créance qu'il n'a point vendue.

1. Cass., 22 juillet 1828, DALL., *rép.* 43, v° *vente*, n° 1754.

L'article 1240 permettrait de prendre en considération la bonne foi du débiteur ; mais comme la présomption de bonne foi ne tient pas devant la preuve contraire, ces précautions seront sagement prises par lui.

5° Aussi bien qu'un payement, est valable et opposable au cédant, *tout contrat extrajudiciaire ou judiciaire sur l'extinction de l'obligation passé avec le cessionnaire* : une remise de dette, une novation, une délation de serment, un jugement.

C'est à dessein que j'emploie cette formule restrictive et que je ne dis point : *Toute cause extinctive de l'obligation.* Il apparaîtra bientôt clairement que les causes d'extinction inhérentes à tel créancier, qui découlent de la loi seule et qui se seront produites dans la personne du cessionnaire ne vaudront point toujours contre le cédant. Leur effet sera restreint entre le débiteur et le cessionnaire.

Puisque le cessionnaire peut dorénavant procéder tant aux actes conservatoires qu'aux actes d'exécution, ne serait-il pas logique de retirer au cédant cette faculté ?

De deux choses l'une :

Ou il est resté titulaire du droit et les moyens de réalisation lui appartiennent toujours.

Ou déjà son successeur particulier a pris sa place et lui seul doit pouvoir les exercer.

Or, comme c'est à ce second parti que nous nous sommes rangés, il semblerait que toute mesure de ce genre dût être fermée au cédant.

Cette logique avait sans doute séduit la Cour de Colmar [1] qui a consacré cette solution rigoureuse.

La doctrine et le plus grand nombre des décisions judiciaires sont cependant en sens contraire. Jusqu'à la signification, on autorise le cédant à agir conservatoirement et même à poursuivre l'exécution [2].

En effet, le débiteur n'est pas encore, par un avis officiel, constitué en quelque sorte partie à ce changement d'état de choses. On peut le lui opposer parce qu'il n'a aucune prétention légitime à faire valoir contre. Mais de quel droit viendrait-il s'en prévaloir ? L'acte de cession est à son égard *res inter alios acta*. Cédant et cessionnaire pourraient le détruire d'un commun accord. Que lui importe s'il plaît au cessionnaire de laisser agir son cédant? Les payements opérés entre ses mains ne sont-ils pas libératoires jusqu'à la signification ? (art. 1691).

Et voilà pourquoi je refusais au débiteur la faculté d'exciper, vis-à-vis du cédant, des causes d'extinction inhérentes à tel créancier, qui viennent de la loi seule et qui se rencontrent chez le cessionnaire. Je faisais allusion a la compensation. Il y aurait inconséquence, je trouve, à permettre au cédant de poursuivre le débiteur, tout en lui refusant la faculté

1. Colmar, 27 avril 1824, Sir. 26. II, 52.

2. Bordeaux, 29 avril 1829, Sir., 29, II, 350; Paris, 15 octobre 1829, Sir., 30, II, 30; Cass , 22 février 1858; Sir., 58, I, 444; Cass. 19 janvier 1869, Sir., 69, I, 296; Troplong, II, nos 885, 887 et 894; Duvergier, II, no 204; Aubry et Rau, IV, p. 434.

de repousser une compensation qu'on lui oppose [1].

Seulement l'action du cédant pourra être entravée par toutes les causes d'extinction qui sont intervenues entre le cédé et l'acquéreur du titre et qui impliquent forcément volonté chez lui de voir tenir le contrat.

Dans tous les cas, font très bien remarquer MM. Aubry et Rau [2], le débiteur pourrait provoquer la mise en cause du cessionnaire afin que celui-ci connût et empêchât le paiement s'il avait un recours à craindre de sa part. Nous verrons dans quelques instants ce qui peut motiver ces craintes.

Du principe que pour être un tiers dans le sens de l'article 1690, il faut justifier d'un droit ou avantage que la cession entraverait, nous avons déduit une première série de conséquences. Nous savons qui n'est pas un tiers. Précisons maintenant qui est un tiers.

§ 2e

QUI EST UN TIERS?

I. — Le débiteur cédé.

II. — Certains ayants-cause du cédant.

1. Troplong, II, n° 891; Duvergier, II, n° 197; Marcadé, *sur les art.* 1689, 1691, n° 2; Dalloz, v° *Vente*, n° 1744.

2. IV, p. 435.

I

Le Débiteur cédé

Il est donc un tiers et n'en est pas un tout à la fois. Rien de contradictoire dans ces deux idées. Certains résultats du transport ne lèsent aucun de ses droits. D'autres, au contraire, les sacrifieraient s'il était obligé de les accepter et, en ce qui concerne ces derniers seulement, il va revêtir la qualité de tiers.

A. — Si avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré (art. 1691).

Cette solution s'imposait. On ne pouvait, sans sacrifier le droit acquis du débiteur à libération, permettre au cessionnaire de faire valoir contre lui son droit exclusif de créancier.

L'acceptation qui supplée à la signification doit, pour le faire pleinement, être constatée par un acte authentique. Contenue dans un acte sous seing, elle va cependant lier celui de qui elle émane et c'est ici que trouve sa justification la remarque qui termine le paragraphe précédent. Le débiteur pourrait être contraint de payer deux fois si, engagé vis-à-vis du

cessionnaire par un acte passé en cette forme, il désintéressait le cédant [1].

L'acceptation ne fût-elle que verbale, un effet identique se produirait si, eu égard aux régles qui régissent la preuve testimoniale, cette preuve était admissible dans l'espèce. La Cour de Cassation va jusqu'à reconnaître l'efficacité d'une acceptation tacite, virtuelle [2].

Toutefois n'exagérons point la portée de cette observation. Si le débiteur est lié, c'est à cause de l'adhésion qu'il a donnée et la connaissance qu'il aurait indirectement acquise de la cession ne l'empêcherait pas, à elle seule, d'exciper de l'inaccomplissement des formalités requises. C'est ce que la loi décide dans une situation analogue, en matière de transcription des substitutions permises. Le défaut d'accomplissement de cette formalité ne peut pas être couvert par la connaissance que les tiers auraient acquise de l'acte, (art. 1071).

Ce principe doit cependant être combiné avec celui des articles 1382 et 1383 qui domine toutes les parties du Droit. Le dommage que votre fait cause à autrui donne lieu à réparation. Si donc les faits de la cause dénotaient de la part du cédé une collusion avec le cédant ou même simplement une imprudence grave, le transport devrait, quoique non

1. Cass., 31 janvier 1821, Dev. et Car., *coll. nouv.*, 6, I, 376; Orléans, 29 novembre 1838, Sir. 39, II, 327; Rennes, 29 juillet 1861, Sir. 62, II, 225.

2 Cass., 6 février 1878, Sir. 78, I, 168; Cass. 12 mars 1878, Sir. 81. I, 71.

signifié ni accepté, sortir, en ce qui le concerne, tout son effet et le paiement entre les mains du cédant serait nul.

Une telle situation sera, je le reconnais, de beaucoup la plus fréquente quoique exceptionnelle en principe. Il pourra cependant se rencontrer des cas où les circonstances de dol et de faute manqueront. Le cédant, par exemple, était *in bonis* et le débiteur avait des raisons de croire que le transport n'était pas sincère. Son paiement n'est sujet à aucune critique.

Quels que soient les résultats de fait auxquels on arrivera, ces points me semblent à l'abri de toute controverse. On méconnaîtrait singulièrement l'esprit de l'article 1690, si on appliquait sa disposition d'une manière tellement absolue qu'elle pût avoir pour conséquence de couvrir des actes entachés de mauvaise foi ou d'une grave imprudence. Son unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers.

Les longs débats auxquels a donné lieu la question dans notre ancienne jurisprudence et de nos jours découlent, à mon avis, d'une confusion. On discute d'une façon générale sur le point de savoir si la simple connaissance du cédé équivaut à signification et l'on se prononce pour l'affirmative ou la négative, suivant les faits de la cause à l'occasion de laquelle la question se soulève. La situation spéciale est le motif déterminant de la solution que l'on donne et l'on omet de l'indiquer d'une façon suffisamment nette. Il est ainsi facile de concilier les opinions des

auteurs et les décisions judiciaires qui, au premier abord, peuvent sembler contradictoires [1].

Il va de soi, que ni la fraude ni la faute grave ne se présument. C'est au cessionnaire qui veut s'en faire une arme contre le débiteur à l'établir.

Lorsque les quittances délivrées par le cédant n'ont pas date certaine, des difficultés peuvent surgir sur le point de savoir si le paiement a été fait avant ou depuis la signification, avant ou depuis la connaissance, constitutive de faute grave, que le débiteur a acquise du transport.

En principe, les actes sans date certaine ne sont pas opposables aux tiers (art. 1328). Or, le cessionnaire, ayant-cause du cédant pour les faits antérieurs à la notification, monte, en vertu de cette notification dans la classe des tiers. Rigoureusement, on devrait donc tenir pour nulles à son endroit toutes les quittances sans date certaine.

L'application de l'article 1328 engendrerait des conséquences plus lointaines encore et plus préjudiciables au débiteur. Ce seraient jusqu'aux quittances constatant des paiements antérieurs à la cession même qui seraient inopposables : résultats très rigoureux pour le débiteur, si l'on considère surtout qu'un usage constant s'est établi de ne point présenter ces actes à l'enregistrement.

1. Cass., 17 mars 1840, Sir, 40, I, 198 ; Cass., 17 août 1844, Sir, 49, I, 48 ; Rouen, 14 juin 1847, Sir. 49, II, 25 ; Bastia, 10 mars 1856, Sir, 56, II, 202 ; Cass., 17 février 1874, Sir, 75, I, 399 ; Troplong, II, n° 900 ; Duvergier, II, n°s 208-210 ; Aubry et Rau, IV, p. 429 ; Laurent, XXIV, n° 488.

Ces motifs avaient déterminé notre ancienne jurisprudence et déterminent encore aujourd'hui les Cours et Tribunaux à se relâcher de la rigueur des principes. Les juges se contentent d'apprécier en fait la sincérité des quittances au double point de vue des paiements eux-mêmes et de leur date [1].

En pratique, il sera prudent de la part du cédé d'exhiber son titre de libération au moment de la signification. C'était même exigé dans notre ancien Droit par plusieurs auteurs, notamment par Ferrière et Bourjon.

« Nonobstant la signification du transport, dit ce « dernier, c'est-à-dire dans le cas même que le « transport a été signifié, les quittances que le « débiteur a du cédant, quoique sous signature « privée, peuvent être opposées au cessionnaire, « *pourvu que cela se fasse incontinent après* » [2].

Telle est encore, sous l'empire du Code, le sentiment de MM. Troplong [3] et Delvincourt [4].

C'est aller trop loin et la production de la quittance quelque temps seulement, voire même, suivant les cas, longtemps après la notification pourra être prise en considération par les tribunaux. Ils ont en cette matière un pouvoir discrétionnaire auquel nulle

1. Cass., 23 août 1841, Sir. 41, I, 756; Rouen, 31 mai 1843, Sir., 43, II, 355; Marcadé, *sur l'article* 1328, n° 5 et *sur les articles* 1689-1691, n° 5; Larombière, IV, art. 1328, n°s 27-29; Aubry et Rau, VIII, p. 254; Demolombe, XXIX, n°s 538-540.

2. Bourjon, I, p. 466, n° 10.

3. II, n° 920.

4. III, p. 84.

entrave ne peut être apportée, si l'on n'oublie point que l'existence même de ce pouvoir est l'œuvre de la pratique et non de la loi. Comment trouver dans la loi une réglementation d'un pouvoir qu'elle méconnaît ? (art. 1328).

Ce n'est pas du seul payement matériel que le débiteur peut tirer exception, c'est, d'une façon générale, de toute cause d'extinction procédant du créancier primitif.

B. — De la Novation, sauf au cessionnaire à user du bénéfice de la créance nouvelle.

C. — De la Remise de Dette.

Sur ces deux causes d'extinction, je dois faire une observation analogue à celle que je présentais à propos du paiement. Peut-être y avait-il imprudence grave, ou même fraude, de la part du débiteur, à passer ces actes avec le cédant, s'il connaissait le transport, aussi essaiera-t-il en vain de s'en servir pour repousser le cessionnaire.

D. — De la Compensation. Attribuer à la signification l'effet d'empêcher désormais toute compensation, c'est dire qu'avant l'accomplissement de cette formalité, elle était possible (art. 1295, 2°).

La compensation, œuvre de la loi, se produit à l'insu et contre le gré des parties, aussi, malgré la connaissance qu'il avait du transport, le débiteur ne peut-il se voir incriminer cette cause d'extinction.

Pour qu'elle ne lui devienne d'aucun secours, il faut que le cessionnaire puisse lui opposer une acceptation de la cession, et il importe peu alors que cette adhésion au transfert soit donnée par acte authenthentique ou par acte sous seing privé. Nous avons même constaté précédemment l'effet puissant, exagéré peut-être, que la loi attache à cet acquiescement, puisqu'il constitue renonciation à une compensation déjà acquise (art. 1295).

Dans ces trois hypothèses, comme au cas de paiement, le débiteur doit établir l'antériorité de la cause d'extinction à la saisine du cessionnaire. Mais les considérations essentiellement pratiques qui ont déterminé la jurisprudence à faire abstraction, en faveur des quittances, de l'article 1328 ne se rencontrent point ici. Les actes de novation et de remise de dette, le titre de la créance qui sert de cause à la compensation, doivent avoir date certaine.

Les cours de Lyon [1], de Bordeaux [2], et de Limoges [3], ont cru devoir justifier, au point de vue des principes stricts, leurs décisions relatives aux quittances sans date certaine. La question est pour nous grosse de conséquences. Si les motifs de ces arrêts sont exacts, ils débordent leur cadre et embrassent tous les actes extinctifs de l'obligation.

« L'acte sous seing privé qui n'est point ou n'est « plus contesté a, entre ceux qui l'ont souscrit et

1. 16 décembre 1824, Sir, 25, II, 149.
2. 26 juin 1840, Sir, 41, II, 53.
3. 17 août 1841, Sir, 41, II, 313.

« leurs héritiers ou *ayants-cause*, la même foi que « l'acte authentique », (art. 1322). Il fait donc foi de la sincérité de tout ce qu'il contient et en particulier de sa date. Le point est de savoir si le cessionnaire doit être rangé dans la classe des ayants-cause du cédant, signataire de l'acte.

Or il me semble que les Cours sus-citées ont mal apprécié sa situation en le décidant ainsi. Elles ont reproduit une théorie de M. Toullier [1] d'après lequel tous les successeurs à titre particulier seraient les ayants-cause de leur auteur.

Comme le mot *tiers*, le terme *ayant-cause* est on ne peut plus vague : « Sa signification varie d'après l'es- « prit de la règle qu'il s'agit d'appliquer et d'après « le point de vue sous lequel il convient d'envisager, « eu égard à cette règle, la position de telles ou « telles personnes [2] ».

Il est hors de doute que le législateur avait comme but, en édictant l'article 1328, de protéger les successeurs particuliers contre le danger d'antidates émanées de leur auteur et qui leur rendraient opposables des actes sous-seing privé postérieurs à leur titre d'acquisition. Il faut donc, sous peine d'inconséquence, les considérer comme des tiers quant à l'application de l'article 1328.

L'ayant-cause, comme son nom l'indique, est celui qui emprunte la cause, la situation juridique d'autrui. Le successeur particulier reste tel toutes les

1. VIII, p. 245 et suiv., et X, p. 576, et suiv.
2. Aubry et Rau, VIII, p. 252, note 110.

fois que son titre n'est pas contesté et que l'on met simplement en question un droit dont prétendait jouir son auteur. C'est en effet moins contre lui que vis-à-vis de cet auteur, représenté par sa propre personne, que l'action est dirigée. Mais s'il se trouve en face de contradicteurs qui s'attaquent à son titre même de successeur particulier, qui en contestent l'efficacité vis-à-vis d'eux, comme le fait le débiteur à l'encontre du cessionnaire, il invoque un droit à lui propre, il est partie dans une affaire à laquelle son auteur eût été étranger et dans laquelle son titre de représentant de cet auteur ne peut avoir aucune influence. Il cesse d'être un ayant-cause pour devenir un tiers.

L'article 1743 me fournit un argument décisif. Un preneur et un acquéreur du même immeuble tiennent l'un et l'autre leur droit de la même personne. Or, le preneur ne peut opposer son titre à l'acquéreur que s'il a date certaine. Tel doit être également le sort d'un premier acquéreur vis-à-vis d'un second.

Si ce point est hors de doute quand la vente porte sur un objet corporel, je ne vois point pourquoi il en serait autrement quand elle s'applique à un droit incorporel. Le cessionnaire prétend à l'acquisition du bénéfice de la créance et le débiteur cédé y prétend, lui aussi, puisqu'il se refuse sur un tel fondement, à remplir son obligation.

De toute cette démonstration il résulte, jusqu'à l'évidence, que la théorie généralement admise relativement aux quittances est un véritable échec

aux principes. Des nécessités pratiques l'exigeaient, aussi je ne le combats point; mais ce que je conteste énergiquement. c'est que l'on puisse l'étendre à d'autres causes de libération pour lesquelles le même besoin ne s'impose pas.

La novation, la compensation, la remise de dette sont des modes d'extinction des engagements tout-à-fait exceptionnels. Que ceux qui veulent s'en prévaloir se soumettent aux exigences du droit commun[1].

Je dois cependant faire une remarque en ce qui concerne la remise de dette. Le plus souvent cette remise aura lieu tacitement. Elle résultera, ou de la délivrance d'une quittance, et, empruntant la forme de cet acte, elle participera à tous ses avantages; ou de l'abandon au débiteur soit du titre même, soit de la grosse du titre (art. 1282-1283), et, constituant un pur fait, son existence et la date de cette existence pourront s'établir par la preuve testimoniale (art. 1348).

Sont encore opposables au cessionnaire lorsqu'ils ont précédé la signification du transport ;

E. — Le Serment déféré au débiteur et par lui prêté.

1. Cass. 23 août 1841, Sir, 41, I, 756. Rouen, 31 mai 1843, Sir, 43, II, 355; Bordeaux, 21 Mars 1846, Sir. 46, II, 545; Larombière, IV, art. 1328, n° 27; Aubry et Rau, VIII, p. 252, note 110; Demolombe, XXIX, n°s 537 et 551.

F. — Le jugement par lequel a été repoussée ou réduite la demande du cédant. Le cessionnaire n'aura point la tierce opposition pour l'attaquer.

La question de date certaine ne peut se poser dans ces deux cas, la prestation du serment et la décision du litige étant enregistrées par l'autorité judiciaire, laquelle confère à ses actes même force probante qu'aux actes notariés.

Le débiteur ne peut davantage être repris pour une prétendue mauvaise foi, s'il connaissait le transport. Il était mis en demeure de se défendre.

L'avait-il cependant accepté autrement que dans la forme authentique ? Il devra faire mettre en cause le cessionnaire s'il veut que la question soit vidée également vis-à-vis de lui.

II

Certains ayants-cause du cédant.

Certains ayants-cause du cédant s'élèvent à la classe des Tiers.

Quelques lignes plus haut, recherchant quelle était la signification du mot *ayant-cause*, dans l'art. 1322, je constatais, avec MM. Aubry et Rau, qu'il n'avait rien d'absolu. On est tel quand, au soutien de ses prétentions, on invoque les droits de celui qui vous donne sa cause. On se verra donc opposer victorieusement tous les actes à l'effet desquels celui

dont on a pris la place n'aurait pu se soustraire. La cession, œuvre du cédant, et œuvre complète vis-à-vis de lui par le fait seul du contrat, le sera donc également à l'égard de ses ayants-cause.

Ce droit, si précaire puisqu'il est subordonné à celui d'autrui, pourra se transformer en un droit propre si l'auteur s'en dessaisit. Il est toujours vrai de dire que ce nouveau titulaire n'est que l'ayant-cause de l'ancien, en ce sens qu'il ne peut s'arroger quoi que ce soit n'ayant pas appartenu à celui-ci : « Nemo plús juris ad alium transferre « potest quam ipse habet. » Mais, dorénavant, il jouira d'une indépendance absolue. Les faits de son auteur resteront sans influence à son égard. L'ayant-cause s'est transformé en étranger, en *tiers* vis-à-vis de lui.

Deux catégories de personnes peuvent avoir des droits à exercer sur une créance au nom de son titulaire.

A. — Les individus auxquels il a conféré un droit exclusif, soit de propriété, soit de gage sur cet objet.

B. — Les créanciers ordinaires, lesquels ont pour garantie tous les éléments de son patrimoine.

Par suite de quelles circonstances les uns et les autres passent-ils dans la classe des tiers ?

A

LES INDIVIDUS AUXQUELS LE CRÉANCIER A CONFÉRÉ UN DROIT EXCLUSIF, SOIT DE PROPRIÉTÉ, SOIT DE GAGE SUR LA CRÉANCE

I. — *Droit de Propriété.*

J'ai nommé le cessionnaire. La signification seule le saisit d'une façon complète. Mais, de ce jour-là, un droit qui a sa vie propre lui appartient ; aucune entrave n'y peut être apportée par le cédant. S'il existe un cessionnaire antérieur à ce nouveau transfert de la même créance, tant qu'il n'a point signifié, il n'est resté qu'un ayant-cause et ne peut faire ce que ne pourrait son auteur. Le cessionnaire vigilant qui s'est mis en règle avec la loi l'emportera sur lui.

La circonstance que la tradition des titres a été effectuée entre les mains de l'un n'améliore en rien sa situation. Le prétendre serait donner à l'art. 1141 un sens large qu'il ne comporte pas. Ses termes mêmes protestent contre toute extension aux ventes de droits incorporels.

Ce serait surtout méconnaître le principe qui l'a inspiré. La préférence n'est donnée au possesseur que par application de l'article 2279. Si la possession confère la propriété, abstraction faite de tout titre, à plus forte raison en doit-il être de même quand cette possession se trouve colorée

d'un titre. Telle est la base de l'article 1141. Cette disposition ne peut donc avoir un domaine plus étendu que celui de l'article 2279. Or, il n'est douteux pour personne que ce texte ne vise que les objets susceptibles d'une possession physique, les objets corporels. [1]

La signification, voilà le seul fait de la date duquel nous ayons à nous inquiéter.

Si plusieurs ont eu lieu le même jour, elles placeront sur la même ligne les différents cessionnaires, à moins qu'elles ne mentionnent l'heure à laquelle elles ont été faites et cette indication règlera la priorité.

En matière hypothécaire, il en est différemment. L'article 2147 met sur un pied d'égalité toutes les inscriptions effectuées le même jour. On n'a pas voulu que des questions aussi graves dépendissent du degré de vigilance du conservateur ou de ses employés.

Ce motif spécial de l'article 2147 s'oppose à toute extension; aussi faut-il s'en tenir au principe et préférer le premier cessionnaire ensaisiné, quelque court qu'ait été l'intervalle des deux notifications.

Mais si l'heure n'est point indiquée, la preuve testimoniale qui tendrait à l'établir ne peut être administrée. Les deux cessionnaires sont des tiers, l'un vis-à-vis de l'autre et l'acte doit porter en lui certitude de sa date (*arg.* de l'art. 1328).

1 Caen, 10 février 1832, Sir, 32, II, 394; Rouen, 14 juin 1847, Sir., 49, II, 25 ; Cass., 29 août 1849, Sir., 50, I, 93.

De même que le débiteur coupable de fraude ou de négligence grave invoquerait vainement son titre de tiers à l'encontre d'un cessionnaire non encore ensaisiné, de la même façon, et pour les mêmes faits, le cessionnaire saisi sera frappé d'une véritable déchéance à l'égard de son cocessionnaire non saisi. Le principe d'équité, consacré par les articles 1382 et 1383, l'exige impérieusement.

Tel n'est pas le sentiment de M. Troplong, d'après lequel la connaissance que le second acquéreur aurait indirectement acquise d'un premier transfert ne serait d'aucune influence sur sa situation. « Tout, nous dit-il, est imparfait à son égard, tant que la « signification n'a pas été faite. Qu'importe la « connaissance de la cession, puisque sans signifi- « cation elle est présumée simulée et non sérieuse « à l'égard des tiers ! » [1]

Voilà une présomption que le savant magistrat crée lui-même et à laquelle il n'hésite pas à conférer la plus grande force qui puisse s'attacher à une présomption; il l'élève à la hauteur de preuve irréfragable.

Cette doctrine trop absolue n'est point généralement suivie.

Sans doute, si ce que M. Troplong érige en présomption est établi ou seulement présente quelque apparence de vérité, aucune responsabilité ne sera encourue. Un long délai par exemple s'est écoulé depuis le précédent transport, sans que la signification soit

1 II, n° 901.

intervenue: les tribunaux admettront facilement qu'aux yeux du nouveau cessionnaire l'acte antérieur ne paraissait pas sérieux.

J'accorde même que sa responsabilité soit toujours à couvert, si cette opération par lui faite avec le cédant trouvait une cause légitime. Il était créancier de ce dernier. En payement, on lui offre ce titre sur un tiers. Il n'y a de sa part aucun dol à l'accepter. Sous la menace d'une insolvabilité plus ou moins lointaine, à chacun de sauvegarder, comme il le peut, ses intérêts : « Jura vigilantibus succurrunt. » [1]

II. — *Droit de Gage.*

Au cessionnaire de la propriété, j'assimile celui auquel un droit de gage a été conféré sur la créance, avec cette distinction toutefois que jamais on ne pourra l'accuser de mauvaise foi. La constitution de son droit réel a une cause légitime par son but seul.

Il est certains créanciers, auxquels d'une façon indirecte, presque sans qu'ils en aient conscience, le débiteur confère un droit de gage spécial sur certaines créances. Je veux parler des créanciers hypothécaires. Ils ont pour garantie, non seule-

1 Comp. : Cass., 14 mars 1831, Sir., 31, I, 718; Cass., 5 mars 1838, Sir. 38. I, 630; Paris, 2 décembre 1843, Sir, 44, I, 56; Cass. 4 janvier 1848, Sir. 48, I, 103; Marcadé *sur les art.* 1689 *et* 1691, I; Aubry et Rau, IV, p. 429.

ment l'immeuble considéré dans son principal, mais encore, à partir d'une certaine époque, tous les fruits et produits qu'il est susceptible de donner. Cet immeuble est-il loué par un bail à eux opposable ? Les fermages qui courront postérieurement à l'immobilisation des fruits seront consacrés au paiement et tout transport de ces fermages leur sera inopposable s'il n'est devenu parfait.

Mais, à quelle époque la signification aura-t-elle dû intervenir pour rendre un tel transport efficace vis-à-vis du créancier hypothécaire? Suffit-il que ce soit avant l'immobilisation des fruits, laquelle résulte de la transcription de la saisie, ou au contraire ne faut-il pas reculer ce délai fatal à l'inscription même de l'hypothèque ?

Il est à remarquer tout d'abord que la loi du 23 mars 1855, quand elle est venue soumettre à la transcription les cessions de loyers ou fermages portant sur plus de trois années a laissé à la question toute sa généralité. Elle s'étend même à cette dernière classe de cessions, la formalité de la signification existant toujours concurremment avec celle de la transcription.

La notification doit avoir précédé l'inscription de l'hypothèque.

Soutenir le contraire, c'est, comme le font remarquer MM. Aubry et Rau, reconnaître au propriétaire de l'immeuble grevé la possibilité légale de diminuer la valeur du gage hypothécaire.

Par l'effet même de l'hypothèque le créancier ac-

quiert un droit réel non-seulement sur l'immeuble, mais encore sur tout ce qu'il pourra produire. Sans doute, le résultat utile de son droit réel se trouvera, quand à ce dernier chef, subordonné à la transcription du procès-verbal de saisie ; mais, cette condition réalisée, l'assimilation des fruits au fonds de l'immeuble va découler du droit hypothécaire. C'est là sa cause génératrice, et point la transcription de la saisie. Les effets en remonteront donc au jour où ce droit réel est devenu efficace à l'égard des tiers, et l'hypothèque assurera aux créanciers la préférence sur le cessionnaire de fermages ou loyers non échus. Le droit des créanciers, simplement personnel jusqu'à la signification, se trouve en réalité postérieur à celui du créancier hypothécaire.

Ces considérations ont inspiré le premier alinéa de l'article 2091. La constitution d'antichrèse sur un immeuble ne peut porter échec aux droits précédemment établis sur le fonds de cet immeuble, c'est-à-dire aux droits des créanciers qui ont assuré l'efficacité de leur hypothèque par une inscription. L'article 2091 sainement interprété présente ainsi un argument décisif en faveur de l'opinion que je défends [1].

1. *Sic.* Cass., 5 novembre 1813, Sir., 14, I, 6 ; Rouen, 1er février 1854, Sir., 56, II, 398 ; Cass., 23 mars 1859, Sir., 60, I, 72 ; Metz, 30 avril 1863, Sir., 64, II, 191 ; Tarrible, *Rép.*, v° *Tiers détenteur*, n° 4 ; Duranton, XVII, n° 163 ; Aubry et Rau, III, p. 431. — *Contra* : Colmar, 6 août 1851, Sir., 54, II, 429 ; Nîmes, 7 juillet 1852, Sir., 53, II, 53 ; Rouen, 18 février 1854, Sir., 56, II, 38 ; Grenier, II, n° 144 ; Duvergier, *Louage*, I, n° 464 ; Troplong, *Hypothèques*, III, n° 777 *ter* ; Pont, n° 366.

B

LES CRÉANCIERS ORDINAIRES DU CÉDANT

Le droit de gage des créanciers porte sur le patrimoine entier de leur débiteur. Son assiette est donc très large : meubles, immeubles, objets corporels et incorporels, tout cela s'y trouve soumis. Il n'a d'autres limites que celles mêmes de ce patrimoine. Mais à son étendue ne correspond point une égale solidité. Le créancier suit la foi de son débiteur et n'a point de droits distincts des siens. Plaît-il à celui-ci de dissiper sans profit les éléments de son patrimoine, le créancier les voit échapper de ses mains sans espoir de les retrouver.

Cet état de choses ne se perpétuera point indéfiniment. Le créancier manifeste l'intention d'arriver à payement. Il a choisi un objet spécial sur lequel il entend se faire désintéresser, ou il agit sur le patrimoine en général. Il est à craindre que le débiteur ne se hâte, dans le premier cas, de faire disparaître l'objet sur lequel les poursuites sont dirigées et, dans le second, d'achever l'épuisement de son patrimoine. La loi, émue du danger, donne au créancier le moyen d'entraver la fraude et, sans lui conférer un droit distinct de celui du débiteur, sans l'élever toujours à la classe des *tiers* dans le sens strict du mot, elle trouve moyen de le protéger.

Pour connaître ces mesures protectrices, nous serons obligés de distinguer entre l'hypothèse où le débiteur n'est pas déclaré failli et celle où il l'est.

I. — Le débiteur n'est pas en état de faillite.

Une poursuite générale n'est point autorisée. Le créancier est obligé d'agir sur des objets individuellement déterminés.

C'est l'émolument d'une créance qu'il a choisi pour servir à son paiement. La procédure qui lui est ouverte est la saisie-arrêt. Elle indisponibilise, dans une mesure que je préciserai plus tard, le droit sur lequel elle porte et toute signification du transport de cette créance sera sans effet, le transport eût-il précédé la naissance du droit du saisissant : le débiteur restait libre de contracter de nouvelles dettes et d'établir sur ses biens des droits égaux ou supérieurs à ceux de ses premiers ayants-cause.

On objecte que la saisie-arrêt ne donne point un droit propre, indépendant à celui qui l'exerce, que ses cocréanciers viendront en partager le bénéfice, qu'elle ne fait pas de lui un *tiers* et, en conséquence, que la disposition, toute de faveur, de l'article 1690 lui est inapplicable.

J'admets tous ces points et bientôt j'essaierai moi-même d'en démontrer l'exactitude ; mais j'ai répondu par avance à l'argument qu'on en tire, quand j'ai dit que la loi permettant aux créanciers d'indisponibiliser un élément du patrimoine de leur débiteur leur attribuait des avantages réservés aux tiers, sans les

faire tels cependant. Cette proposition, appliquée à la saisie-arrêt, ne me paraît guère contestable.

Il n'était pas sans exemple. dans l'ancien Droit, que les créanciers chirographaires eussent plus de droits que leur débiteur et pussent invoquer l'inaccomplissement d'une formalité, tandis que le débiteur, leur auteur, ne le pouvait pas lui-même. Ce phénomène se produisait, en particulier, dans deux hypothèses.

Les créanciers d'un donateur étaient en droit d'opposer le défaut d'insinuation, faculté refusée au donateur. Cette solution est encore celle qui prévaut aujourd'hui, sous l'article 941 du code civil.

La seconde hypothèse, était celle qui fait l'objet actuel de notre examen. Pothier interprétant l'article 108 de la Coutume de Paris [1] en tire, sans hésiter, la conséquence que la signification de toute saisie-arrêt vaudra contre le cessionnaire et cependant le débiteur ne pouvait plus se désister de son obligation au transfert.

La législation a moins radicalement changé en matière de cession qu'en matière de donation. Tout porte donc à croire que le code a voulu régir la situation des créanciers chirographaires conformément à l'esprit de l'ancien droit manifesté par la décision de Pothier.

Cette probabilité se change en certitude, si l'on rapproche de l'article 1690 actuel, la disposition du

1. *Vente*, n° 556.

projet y correspondant. L'article 111 était ainsi conçu :

« Jusqu'à ce que le cessionnaire ait signifié le « transport au débiteur, celui-ci peut se libérer en- « vers le cédant ; *mais la créance ne peut plus être « saisie par les créanciers du cédant*, qui a été expro- « prié par le seul fait de son consentement. »

La dernière phrase était l'abrogation du principe ancien. Mais sur la demande du Tribunat elle fut effacée dans la dernière rédaction. Cette suppression est significative.

La connaissance que le créancier pouvait posséder du transport, n'infirmera en rien la saisie-arrêt : « Jura vigilantibus succurrunt et non dormientibus. » Jamais celui qui veille à la conservation de ses droits ne peut voir s'élever contre lui une accusation de mauvaise foi.

II. — Le débiteur est en état de faillite.

Quand un débiteur commerçant est mis en faillite, la masse des créanciers, représentée par les syndics, devient une personne distincte du failli ; elle acquiert sur la *totalité* de son patrimoine un droit propre et indépendant. Le jugement déclaratif en a fait un véritable *tiers* et lui a conféré une qualité que nous n'osions accorder, en cas de saisie-arrêt, à chacun de ces créanciers pris individuellement.

L'existence d'un droit de cette nature apparaît dans ces deux résultats du jugement :

D'une part, tout pouvoir est enlevé au failli sur son

patrimoine et les syndics vont être investis même de l'administration.

D'autre part, tout droit réel, précédemment constitué, mais qui restait soumis pour sa complète efficacité à une inscription, ne peut plus être l'objet de cette formalité (art. 2146).

Je puis bien, sans hardiesse, étendre l'article 2146 de l'inscription des hypothèques à la signification d'un transport de créance, les deux formalités ayant même but, et interdire cette signification dans les mêmes circonstances.

Mais il n'est point légitime d'aller au-delà et de reculer cette impossibilité à la date assignée par le tribunal, comme ayant vu la cessation des payements [1].

On perd de vue dans cette opinion que les créanciers du failli ne sont constitués tiers que par le jugement déclaratif. Seul, il produit les conséquences que j'ai signalées, dessaisissement du débiteur, obstacle aux demandes d'inscription nouvelle ; aussi toute signification antérieure, quelque rapprochée qu'elle soit de lui, opérera-t-elle saisine complète au profit du cessionnaire [2].

Ce principe supporte cependant quelque dérogations.

1. Cass. 13 juillet 1830, Sir. 30, I, 375 ; Colmar, 17 janvier 1866, Sir., 66, II, 218 ; Bravard Veyrières, *Traité de droit commercial*, p. 295.

2. Cass., 4 janvier 1847, Sir. 47. I, 172 et 174 ; Paris, 17 février 1949, Sir. 49, II, 175 ; Demangeat, sur Bravard Veyrières, *loc. cit.*, à la note.

Le transport consenti depuis la cessation des paiements pourrait être annulé, si le cessionnaire avait eu connaissance de cette cessation (art. 447, cod. de comm).

Il serait nul de plein droit si la cession avait eu lieu à titre gratuit, ou en paiement d'une dette antérieurement contractée, non échue ou même échue, car un transport dans la forme ordinaire ne constitue pas un paiement en espèces ou effets de commerce (art. 446. cod. de comm.

La mort du cédant va-t-elle produire un effet identique à sa faillite?

Non. Ce serait détourner de sa vraie signification la vieille maxime: « La mort fixe les biens et les dettes d'un homme. » Lebrun l'interprète, en effet, en ce sens que les créanciers chirographaires ne peuvent jamais devenir créanciers hypothécaires de la succession, mais seulement de l'héritier [1].

Dût-on, au reste, la prendre à la lettre, elle est catégoriquement repoussée par l'article 2149 du code civil qui admet et réglemente les inscriptions à prendre sur une personne décédée. La mort ne fixe donc point d'une façon immuable les droits des créanciers.

L'article 2146 retire cependant cette possibilité d'inscription en cas d'acceptation bénéficiaire. Il met cette situation sur la même ligne que l'état

1. Liv. IV, chap. II, sect. I, n° 12.

de faillite. Interdirons-nous également une notification de transport?

Je ne crois point que nous devions ici nous laisser séduire par la très grande analogie signalée entre l'inscription d'un droit réel et la signification d'une cession, parce que :

L'article 2146 constitue une exception aux principes, et, à ce titre seul, il résiste à toute interprétation extensive.

Cette assimilation qu'il crée entre la faillite et la succession bénéficiaire est d'ailleurs fausse en fait et en droit.

En fait. — Le législateur est parti de l'idée que la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire présentait un passif supérieur à l'actif, comme il arrive le plus fréquemment dans les faillites et il n'a point voulu que, dans ce désastre commun, certains créanciers améliorassent même légitimement leur situation au détriment des autres. La base de ce raisonnement est fausse. Certains héritiers n'accepteront sous bénéfice d'inventaire que par une prudence exagérée, ou pour se soustraire aux ennuis d'une administration peut-être lourde. Il est même tout une classe d'incapables pour lesquels l'acceptation pure et simple est fermée, les mineurs et les interdits. Ne serait-il pas déraisonnable de présumer insolvable une succession par ce fait seul qu'elle échoit à l'un de ces incapables? Aussi est-il à croire que les rédacteurs de l'article 2146 avaient

perdu de vue cette source, en fait la plus féconde, des acceptations bénéficiaires.

En droit. — Le bénéfice d'inventaire est une institution créée en faveur de l'héritier seul et qui ne devrait avoir aucune influence sur les rapports des créanciers entre eux. Elle ne leur confère point un droit plus fort que celui qu'ils avaient précédemment. L'héritier n'est pas dessaisi. L'administration de la succession lui pèse-t-elle ? On en va charger un étranger. Mais l'option à lui offerte à cet égard nous révèle assez que son dessaisissement, à la différence de celui du failli, a lieu dans son unique intérêt et point dans celui des créanciers. En vertu de quel principe alors les autoriser à repousser des prétentions qu'ils étaient contraints d'admettre comme légitimes avant le décès de leur auteur ?

Concluons que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne peut, à elle seule, empêcher la signification d'un transport passé par le *de cujus*. [1]

Il en serait de même si le transport était l'œuvre de l'héritier bénéficiaire ; mais cela tient à des principes différents. Le fait de la cession l'a transformé en héritier pur et simple.

1. Douai, 17 juillet 1833, Sir. 33, II, 502 ; Bordeaux, 10 février 1837, Sir. 37, II, 288 ; Montpellier, 3 mai 1841, Sir, 41, II. 332).

SECTION III

Conséquences de l'accomplissement des formalités

Le cessionnaire est investi d'une manière complète de la propriété de la créance cédée. Le transport est parfait, opposable à quiconque voudrait le contester. Toutes les conséquences qu'entraîne, d'après les règles que je viens d'exposer, le défaut de signification ou d'acceptation authentique sont écartés pour l'avenir.

Peu importent :

I. — Une cause d'extinction qui procède du cédant. C'est au cessionnaire seul qu'il appartient désormais d'exercer et d'éteindre son droit.

M. Delvincourt [1] apporte à cette règle une exception dans une hypothèse spéciale de compensation.

On sait déjà que la compensation ne peut s'opérer qu'entre deux dettes également liquides et exigibles. Il suppose deux personnes mutuellement créancière et débitrice l'une de l'autre ; mais l'une de ces créances n'étant point arrivée à échéance quand le transport de l'autre a été signifié, la compensation n'avait pas encore lieu. Le jour où la condition d'exigibilité s'accomplira, rétroagissant en quelque sorte, elle

1. Sur l'art. 1295.

rendra opposable au cessionnaire une compensation inexistante à l'époque de la signification.

Il s'appuie sur l'autorité de Pothier. Pothier, en effet paraissait exiger pour que le cédé ne pût pas opposer au cessiounaire la compensation de ce que le cédant lui devait *qu'il eût commencé à être créancier du cédant après la signification* [1].

L'article 1295 vient consacrer, dit le savant auteur, l'opinion de Pothier. Ce texte déclare que la signification *n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.*

Il ne faut voir dans la formule de Pothier, et dans celle du code que quelque chose de purement énonciatif. Les principes sont trop contraires à cette opinion pour qu'on puisse l'admettre. Une circonstance ayant mis obstacle à la compensation, la créance existait toujours ; elle a donc pu être cédée et, de l'instant où, par la signification, la cession est devenue parfaite à l'égard de tous, le cédant a été constitué dans l'impossibilité légale de l'éteindre ou de l'amoindrir [2].

Si le transport est devenu parfait par l'acceptation du débiteur, il faut supposer, pour que la question se pose, que des réserves ont été faites dans cette acceptation relativement à la compensation. Nous savons en effet qu'à défaut de réserves de cette nature, l'exception de compensation même accom-

1 *Vente*, n° 632.

2. Cass., 3 décembre 1851, Sir. 52. I, 241 ; Aubry et Rau, IV, p. 232; Desjardins, n° 109 ; Demolombe, XXVIII, n° 569.

plie n'est plus recevable de la part du débiteur. A plus forte raison, en doit-il être de même d'une compensation simplement en germe.

II. — Une cession ultérieure ou un déplacement de la créance résultant de la loi elle-même.

La loi accorde à certains créanciers qu'elle juge plus favorables un bénéfice spécial.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1753, le propriétaire d'un immeuble loué peut agir directement contre les sous-locataires pour leurs loyers échus et il évite ainsi le concours d'autres créanciers du locataire principal sur l'émolument de ces créances.

Toujours dans le même ordre d'idées, l'article 1798 autorise les ouvriers à poursuivre directement le propriétaire pour le compte duquel ils ont effectué des travaux, sans avoir besoin de s'adresser à leur débiteur immédiat, l'architecte ou l'entrepreneur.

Mais ce bénéfice, précieux au même titre pour l'ouvrier et pour le bailleur, leur est enlevé si les sommes dont leur débiteur était créancier ont été soldées.

La loi est impuissante à transférer les créances du locataire principal ou de l'architecte alors qu'elle n'existent plus. Nous assisterons au même résultat si ces créances ont été déjà transportées à un tiers et que la cession puisse, en vertu de sa signification, tenir en échec tout droit postérieur. Leur déplacement est désormais impossible, puisqu'un tiers en est propriétaire [1].

1. Paris, 12 avril 1866, Sir. 66, II, 252; Douai, 13 août 1867, Sir. 67, II, 292.

Il en serait différemment, si les travaux avait été effectués pour le compte de l'Etat. Dans le but de favoriser les grands travaux d'utilité publique, le décret du 26 Pluviôse, an II (art. 3 et 4), autorise les ouvriers et fournisseurs seuls à exercer des poursuites sur les sommes dûes à l'entrepreneur, d'où l'on peut conclure à l'impossibilité pour celui-ci de céder son droit sur ces sommes [1].

III. — La faillite du cédant.

IV. — Une saisie-arrêt de la part des créanciers du cédant.

La signification entrave toute saisie-arrêt postérieure, quand bien même la cession eût porté sur des créances futures ou des loyers et arrérages à échoir. Il ne serait pas exact de n'attribuer effet à la signification qu'au fur et à mesure des échéances. Aucun texte n'en limite ainsi l'étendue.

Les inconvénients auquel mènerait un tel procédé sont assez graves pour qu'on n'ait pu l'accepter. Un entrepreneur de travaux demande à un banquier une ouverture de crédit, ou s'adresse au fournisseur des matériaux dont il a besoin. Pour garantie, il offre le transport des sommes qui lui seront dues. Ni le banquier ni le fournisseur ne se contenteront de ce transport s'ils ont lieu de craindre de n'en pas recueillir le bénéfice ? Et tel

1. Paris, 27 Août 1853, Sir. 53, II, 647; Cass., 21 Mars 1855, Sir. 56, I, 735; Cass., 22 janvier 1868, Sir. 68. I, 177.

est le danger auquel ils se voient exposés si une signification immédiate n'en peut assurer l'efficacité complète, ne peut empêcher toute saisie-arrêt de la part des autres créanciers de se produire utilement.[1]

Je dois cependant reconnaître que la solution contraire, exagérée quand on la pose en principe, part d'une idée le plus souvent exacte en fait. L'article 1167 autorise les créanciers à faire tomber les actes de leur débiteur passés en fraude de leurs droits, s'il y a complicité du tiers en matière d'actes à titres onéreux. Or très fréquemment les cessions de créances futures, comme de loyers ou arrérages à échoir, sont frauduleuses. Tout révèle que le créancier qui aliène des expectatives plutôt que des réalités, est dans le besoin, et qu'il a des créanciers que lèsera cette cession.

La signification du transport va même réagir, dans une certaine limite, sur les droits des créanciers qui ont saisi-arrêté avant cette signification.

Pour le démontrer, il faut au préalable solidement établir les principes de la saisie-arrêt. Elle ne confère point de droit exclusif au créancier qui l'a pratiquée, et, si de nouvelles saisies interviennent avant le jugement de validité, un concours s'établira entre ces divers créanciers (*arg.* des art. 2092 et 2093).

1. *Sic* : Douai, 13 août 1836, Sir. 67, II, 292. — Contra : Aix, 15 juin 1838, Sir. 38, II, 93 ; Cass., 18 janvier 1854, Sir. 54, I, 441.

Ce point n'est l'objet d'aucune contestation quand les nouveaux saisissants justifient d'un titre antérieur à la première saisie-arrêt. Mais il en est différemment, s'ils n'ont traité avec le débiteur commun que postérieurement à cette main-mise. Voici les arguments sur lesquels on essaie d'établir cette distinction.

Le créancier qui n'a pas le soin de se faire donner des sûretés spéciales, qui accepte pour garantie le gage général organisé par les articles 2092 et 2093, consent à subir l'effet de tous les actes qui diminueront le patrimoine du débiteur. Mais, dès qu'il manifeste par une saisie l'intention d'être payé sur certains biens, il retire à ce débiteur le pouvoir d'en disposer à son préjudice. La loi doit protéger toute mesure conservatoire.

Si le débiteur saisi aliène les biens placés sous la main de justice, ou se fait payer d'une créance sur laquelle pareille mesure a été pratiquée, aliénation et payement sont nuls (art. 686 Cod. procéd. civ. et 1242, Cod. civ.), car il n'a le droit ni d'anéantir ni d'amoindrir les sûretés du créancier saisissant. Quelle raison y a-t-il de distinguer entre l'obligation et l'aliénation ? Le résultat est identique, puisque le bénéficiaire de l'obligation restreint par sa présence le droit du saisissant.

Cette solution, commandée par les principes, est fortifiée par des textes.

Dès que le débiteur est constitué en état de faillite, le pouvoir d'administrer ses biens lui est enlevé (art.

443, Cod. comm.) Dès cet instant, les obligations qu'il contracte restent donc, quoique valables à son égard, sans aucun effet vis-à vis des autres créanciers.

Quand un immeuble est frappé de saisie, le débiteur auquel il appartient n'a plus le droit de le donner à bail au préjudice des autres créanciers saisissants, et ceux-ci peuvent faire annuler la location qui n'a pas date certaine antérieure au commandement (art. 684 Cod. procéd. civ.) Il ne s'agit point là d'une aliénation directe ; mais d'une simple obligation résultant du louage. Pourquoi admettrait-on plus facilement les obligations nées d'un contrat autre que le louage ? Leur existence est tout aussi nuisible au poursuivant, dès qu'elles atteignent l'objet saisi. Et si cette première extension est légitime, pourquoi ne pas faire un pas de plus et ne pas appliquer ces prohibitions nécessaires à la saisie-arrêt [1] ?

Ces raisons, quelque puissantes qu'elles paraissent, doivent être rejetées.

Dans notre ancien Droit, la théorie que je vais combattre était admise, mais avec une portée bien plus générale que celle qu'on veut lui assigner aujourd'hui. On n'examinait point si le titre du créancier qui voulait concourir avec le saisissant était d'une date postérieure à la mesure de main-mise ; on ne prenait en considération que la priorité des diverses saisies elles-mêmes. L'article 178 de la

1. Mourlon, *Examen critique*, I, p. 67.

Coutume de Paris accordait un privilège au premier saisissant

« Le créancier qui fait premier arrêter et saisir « valablement ou prendre par exécution aucuns meu- « bles appartenant à son débiteur doit être le pre- « mier payé »

Il est certain que ce privilège n'existe plus aujourd'hui. Or, ce serait le rétablir que de donner au saisissant le pas sur les créanciers même postérieurs à sa main-mise. Il est, en effet, inhérent à la nature chirographaire d'une créance d'être exposée à se voir amoindrie en fait par le concours de tous les créanciers envers lesquels le débiteur s'obligera. La saisie-arrêt ne peut donc empêcher le saisi de contracter de nouvelles dettes,

L'aliénation de l'objet saisi ou sa mise à néant par suite d'un paiement quand il consiste en une créance sont bien interdites; mais voir incluse dans cette prohibition celle de s'obliger, c'est conclure *a minori*. Une aliénation ou un paiement auront pour résultat inévitable de supprimer l'objet même de la poursuite. Cette considération qui milite avec tant de force pour les faire interdire ne se rencontre plus quand il s'agit de simples engagements nouveaux. Peut-être leur validité portera-t-elle échec, dans une certaine mesure, aux droits du poursuivant. Peut-être aussi les laissera-t-elle intacts, si le débiteur qui les a souscrits n'est pas insolvable.

Moins fort encore est l'argument d'analogie tiré de l'article 684 du Code de procédure civile. Pour qu'il fût concluant, il faudrait justifier deux extensions

successives, la première, d'une règle de la saisie immobilière à la saisie-arrêt, et la seconde, de l'interdiction d'un contrat déterminé à celle de tous les actes constitutifs d'obligation,

Or, ces deux extensions sont illégitimes.

J'accorde que, toutes les saisies tendant au même but, les mêmes principes doivent les régir. Mais la règle de l'article 684 relative au bail est, par sa nature, spéciale aux saisies immobilières. Son application aux saisies-arrêts ne se conçoit pas.

D'autre part, la prohibition d'engager un immeuble par un contrat de bail n'entraîne point celle de l'engager par de nouvelle dettes, et de faire peser sur lui la garantie générale qui affecte tout le patrimoine du débiteur (art. 2092). La location n'est défendue que parce qu'elle entraverait la saisie et qu'elle écarterait les enchérisseurs. Cette interdiction a moins pour objet direct de s'attaquer au droit du preneur et de l'annihiler pour qu'il n'amoindrisse point celui du saisissant, que de faciliter une vente inévitable.

Enfin l'assimilation entre un failli et un débiteur frappé de saisie est fausse à une foule de points de vue. La faillite ne résulte que d'un jugement, et la loi, pour affermir le crédit commercial, assure à cette sentence les plus puissants effets : dessaisissement du débiteur, non-seulement quant au droit de disposition, mais quant à l'administration même de son patrimoine; nomination de syndics pour le remplacer ; hypothèque légale conférée aux

créanciers constitués en masse, etc. Tout cela nous dénote un régime spécial à l'état de faillite et il serait aussi arbitraire de choisir parmi ces incapacités dont est frappé le failli que de les appliquer toutes sans distinction au débiteur saisi.

On craint que le débiteur ne contracte de nouvelles dettes, précisément pour faire échec à la saisie. Mais l'article 1167 offre une sauvegarde au saisissant et, si l'engagement nouveau ne révèle aucune fraude, ne serait-il pas exagéré de le faire tomber, sous prétexte qu'il pouvait servir à en dissimuler une ?

Je tenais à établir solidement ce point, parce que, si maintenant je prouve que le cessionnaire d'une créance est, par le fait seul, constitué créancier du cédant, nous devrons l'autoriser à entamer lui-même par une opposition les droits du saisissant-arrêtant. Or cette solution me paraît certaine. Le cédant s'est obligé à lui faire parvenir la propriété de sa créance et il est responsable de l'exécution de cet engagement. Comme tout créancier, le cessionnaire peut donc agir sur les biens de son débiteur et en particulier sur cette créance qu'on a voulu lui transmettre.

La signification de son transport au débiteur cédé va constituer une opposition à paiement. De même que l'exploit de saisie, elle avertit en effet le débiteur cédé d'un acte qui l'intéresse et lui défend de vider ses mains entre celles du créancier. Cessionnaire

et saisissant antérieur seront donc mis sur la même ligne.

Ce dernier point est contesté et l'on nie que la signification vaille opposition. [1] La solution négative, dit-on, ne faisait point doute dans notre ancien Droit.

Je réponds : L'argument historique n'a aucune valeur. Nous avons vu que d'après l'article 178 de la Coutume de Paris le premier saisissant était investi d'un véritable privilège à l'encontre des saisissants postérieurs. Or, comme le cessionnaire ne pouvait invoquer vis-à-vis du saisissant une notification qu'à titre de saisie ou opposition, il est clair que ses prétentions ne devaient point prévaloir.

A côté de l'histoire sont invoqués les travaux préparatoires. L'article 111 du projet, correspondant à notre article 1690, était ainsi conçu : « La créance « ne peut plus être saisie par les créanciers du cé- « dant qui a été exproprié par le fait de son consen- « tement. » Le tribunal d'appel de Caen fit l'observation suivante : « Le fait du consentement du cédant « suffit sans doute pour opérer son expropriation au « bénéfice du cessionnaire ; mais si ce fait n'est pas « rendu constant par un acte authentique ou par une « signification du transport, peut-il être opposé à « un créancier saisissant ? Un acte sous-seing privé « fait après coup anéantira l'effet des saisies-arrêts,

1. Villequez, *Revue historique de Droit français*, 1862, VIII, p. 470 et suiv.

« parce qu'il constatera le fait du consentement. « Les droits des créanciers peuvent être compromis « par des actes clandestins. »

Des observations semblables émanèrent des tribunaux d'appel d'Orléans et de Lyon.

Ces observations n'ont rien de concluant. Comme le texte de l'article 1690, elles laissent la question intacte. Dire que la cession non signifiée ne peut être opposée aux créanciers saisissants, c'est lui enlever vis-à-vis d'eux le caractère de cession ; mais cela n'implique nullement qu'elle ne vaille point comme une créance ordinaire [1].

Il est une phase cependant à partir de laquelle toute signification de transport est sans influence sur les droits du créancier saisissant. Le jour où intervient le jugement de validité de la saisie, il est approprié, et la signification de cette sentence va produire un effet identique à la signification d'un transport. Elle va donc écarter le concours de tout créancier et en particulier de tout cessionnaire dont l'opposition ou la notification de transport n'est que postérieure à cette signification.

Telle est la solution qui prévaut en jurisprudence. On lui objecte cependant qu'elle établit un privilège au profit du créancier saisissant, ce à quoi s'oppose l'article 2093.

L'objection porte à faux. Le juge ne crée pas de privilège ; il fait le paiement à la place du débiteur

1. Guadeloupe, 16 mai 1851, Sir., 51, II, 801.

qui est censé le consentir par son intermédiaire. Or on n'oserait prétendre que, le saisi ayant reçu du tiers saisi et payé ensuite le saisissant, un recours doive être ouvert contre ce dernier, afin de le forcer à venir par contribution avec les autres créanciers.

L'article 579 du Code de procédure civile n'est contraire en rien à notre manière de voir. Quand il déclare qu'après le jugement de validité, on procédera à la vente et à la distribution du prix, il ne touche point à la question, n'indiquant pas entre qui se fera cette distribution C'est par les principes qu'il doit s'éclairer et nous venons de voir ce qu'ils exigent [1].

La Cour de cassation veut que le jugement de validité soit passé en force de chose jugée pour produire cet effet puissant. Jusque-là, comme il n'est point parfaitement stable et définitif, l'attribution exclusive au profit du saisissant n'existe pas [2].

Que si la somme saisie-arrêtée excède ce qui lui est dû, il sera, avec le cessionnaire, traité comme le seraient deux cessionnaires partiels, aussi je renvoie aux explications précédemment fournies sur le règlement de ces intérêts respectifs.

Une remarque doit être faite cependant. Si le débiteur se trouve insolvable, les cessionnaires partiels successifs viennent au marc le franc. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'un droit de priorité eût

1. Boitard, II, n° 834; Chauveau sur Carré, IV, p. 639; Cass., 15 avril 1856; Dall., 56, I, 817.

2. Cass., 20 novembre 1860, Dall., 61, I, 270.

été concédé au cessionnaire antérieur. Or, la saisie-arrêt renferme en elle-même constitution d'un tel bénéfice. Le saisissant s'est fait attribuer par jugement moins un *quantum* de la créance de son débiteur égal à sa propre créance, que cette créance même dans les limites nécessaires pour arriver à un complet désintéressement. Cette proposition sera bientôt plus amplement expliquée et justifiée.

Je laisse de côté l'hypothèse très simple d'une saisie-arrêt validée par jugement et je reviens à celle où l'exploit seul de saisie a été signifié.

Les intérêts respectifs du saisissant-arrêtant et du cessionnaire qui a signifié ultérieurement sont, avons-nous vu, assez faciles à régler ; mais je suppose que, postérieurement à cette signification, interviennent de nouvelles saisies-arrêts.

A n'écouter que les principes stricts, ces poursuites sont inopposables au cessionnaire et ne peuvent exercer aucune influence sur sa situation, puisque la notification l'a complétement ensaisiné. Mais nous avons constaté que la saisie-arrêt ne conférait aucun droit de préférence à celui de qui elle émanait. Sur la somme à lui attribuée, il sera donc obligé de supporter le concours de ces nouveaux créanciers. Ce concours va devenir plus onéreux, la somme à partager étant moindre. Je précise par des chiffres.

La créance s'élève à 3,000 fr. Chacune des saisies-arrêts, ainsi que la cession, portent sur sa totalité. Dans la distribution à faire entre le cessionnaire et

lui, le créancier dont la saisie-arrêt a précédé la signification du transport sera colloqué à concurrence de 1,500 fr. Sur ces 1,500 fr., viendront exercer un droit, au moins égal au sien, les saisissants postérieurs à la signification, et ils n'auront rien à prétendre sur les 1,500 fr. attribués au cessionnaire qui s'est mis en règle vis-à-vis d'eux. Le marc le franc de chacun de ces créanciers eût été plus élevé si, au lieu de 1,500 fr., ils avaient eu la créance totale, 3,000 fr., à se partager, et ainsi le créancier dont la poursuite remonte à une date antérieure à la signification du transport souffrira indirectement de ce transport.

Un tel résultat n'est pas moins contraire aux principes (art. 1242) que celui qui rendrait la cession signifiée inopposable à des saisies-arrêts postérieures.

Comment les concilier? Comment régler ces droits contraires des deux classes de saisissants et du cessionnaire?

J'aborde ici l'une des questions les plus difficiles de notre législation et dont l'application est pourtant quotidienne.

Les solutions données par la doctrine et la jurisprudence sont tellement nombreuses qu'on ne les compte plus. « Je ne crois pas, dit M. Houyvet, qu'il existe deux auteurs ou deux arrêts qui aient exactement le même système [1].

1 *Revue pratique* 1871, XXXI, p. 177.

M. Barilliet termine un travail sur la même question par cette conclusion désespérée, que chacun des systèmes proposés viole un principe; qu'il y a lieu, par suite, de faire entre les principes ainsi violés une espèce de contribution de manière à porter une atteinte proportionnelle à chacun d'eux, plutôt que d'en sacrifier complètement quelques-uns [1].

Le moyen est extrême, je le trouve exagéré et, quelque difficile que paraisse le jeu combiné de ces divers principes, je ne pense point qu'il faille désespérer de l'établir.

Certes, pour le faire, je n'ai point la prétention d'exposer ces innombrables théories auxquelles fait allusion M. Houyvet, je me contenterai de discuter les principales.

Toutes, à quelques nuances près, peuvent être ramenées à trois :

Première théorie que j'intitule : *De l'Indisponibilité totale absolue.*

La saisie-arrêt a rendu tout transport impossible et le cessionnaire ne sera, à l'égard des saisissants postérieurs à sa signification, qu'un simple opposant.

Deuxième théorie dite : *De l'indisponibilité partielle.*

La saisie-arrêt n'a indisponibilisé la créance sur laquelle elle portait qu'à concurrence des droits du

1 *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 85.

saisissant. Pour le reste, le transport est absolument valable et opposable à tous les saisissants antérieurs et postérieurs.

Troisième théorie que je me propose d'adopter et que l'on nomme la théorie : *De l'Indisponibilité totale relative.*

La créance peut être cédée dans sa totalité, à condition que cette cession ne restreigne en rien les droits du saisissant antérieur.

PREMIÈRE THÉORIE. — *Indisponibilité totale absolue.*

Toute signification de transport est devenue impossible par suite de la première saisie-arrêt. Au lieu de combiner les deux principes dont le conflit donne naissance à la difficulté, on sacrifie l'un à l'autre, on sacrifie les droits du cessionnaire vis-à-vis des saisissants postérieurs pour respecter d'une façon complète et le droit de ceux-ci et le droit du saisissant antérieur.

On obéit, dit-on, à la définition même que l'article 557 du Code de procédure civile donne de la saisie-arrêt : « Tout créancier peut en vertu de titres « authentiques ou privés saisir-arrêter entre les « mains d'un tiers les sommes et effets appartenant « à son débiteur, ou s'opposer à leur remise. » Il résulte de la formule générale employée par ce texte que la totalité de la somme se trouve mise sous la main de justice.

Ce système a le très grand avantage d'écarter

toute espèce de complication, aussi était-il celui de l'ordonnance de 1667. Ce fut encore lui qui prévalut pendant une période assez longue après la rédaction du Code de procédure civile. [1]

Aujourd'hui, il est généralement abandonné. Le résultat qu'il amène est excessif, puisqu'une saisie-arrêt pour des causes très minimes peut frapper d'indisponibilité une créance considérable.

L'inconvénient grossit encore quand on remarque le lien intime qui existe entre le droit de recevoir le payement d'une créance et celui de la céder. Si la saisie-arrêt apporte obstacle à toute espèce de cession, il en sera de même pour le paiement (art. 1242), elle mettra un créancier dans l'impossibilité absolue de toucher quoi que ce soit de sa créance. Ce résultat est inacceptable en fait, et il est condamné par la lettre même de l'article 1242. C'est à l'égard des opposants seuls que le payement ne peut être effectué d'une façon valable.

L'hypothèque qui grève un immeuble n'empêche pas le propriétaire de l'aliéner. La saisie immobilière elle-même ne produit point cet effet puissant, tant qu'elle n'a pas été suivie de transcription. Et, cependant, la constitution d'hypothèque ne peut être faite que dans la forme authentique ; la saisie immobilière requiert la présentation d'un titre exécutoire, exigences qui garantissent pleinement la

1 Paris, 14 janvier 1814, Sir, 14, II, 95; Paris, 10 mars 1820, Sir, 23, II, 47.

première, l'existence du droit hypothécaire; la seconde, la légitimité de la poursuite. Tout le monde, peut au contraire, sans titre exécutoire et même sans aucun titre, pratiquer une saisie-arrêt. Ne serait-il pas étrange que cette mesure de sauvegarde pût entraver l'exercice du droit de disposition, alors que l'hypothèque, alors que la saisie immobilière, la voie d'exécution la plus rigoureuse ne l'entravent pas ? L'économie générale de nos lois s'y oppose à tous les points de vue. L'aliénation mobilière est entourée de facilités plus grandes que l'aliénation des immeubles. Ce serait ici le spectacle inverse qui nous serait offert.

Cette première théorie mise de côté, la lutte va se concentrer entre les deux autres. Chacune d'elles a des partisans nombreux et des décisions judiciaires également nombreuses, aussi serait-il difficile de dire laquelle l'emporte dans la pratique.

Ce qui, d'autre part, n'a pas peu contribué à jeter de l'obcurité dans la matière, c'est la confusion que nombre d'arrêts ont faite. Adoptant en principe le système de l'indisponibilité partielle, ils en déduisent des conséquences qui ne peuvent découler que de l'indisponibilité totale relative, ou inversement.

DEUXIÈME THÉORIE. — *Indisponibilité partielle.*

Le débiteur saisi n'a la faculté de disposer que de ce qui excède le montant de la première opposition;

il doit laisser intacte la somme nécessaire pour représenter les causes de cette saisie.

Soit une créance de 10,000 fr. Une saisie-arrêt est pratiquée pour une somme de 4,000 fr.. 6,000 fr. vont rester disponibles. Au contraire les 4,000 fr., représentant les causes de la saisie-arrêt, sont indisponibilisés d'une manière absolue.

Après avoir réfuté le système précédent et montré en particulier l'inconvénient majeur résultant de l'indisponibilité complète, les partisans de cette opinion raisonnent ainsi :

L'article 559 du code de procédure civile exige que l'exploit de saisie-arrêt contienne l'énonciation du titre et de la somme pour laquelle elle est faite. Si la créance qui lui sert de base n'est pas liquide, l'évaluation provisoire devra en être faite par le juge. Cette énonciation et cette évaluation ne peuvent avoir d'autre but que de laisser en libre disposition l'excédent de la somme saisie.

Les articles 1242 et 1298 consacrent la même solution. Déclarer qu'un paiement ou une compensation ne peuvent avoir lieu au préjudice d'une saisie-arrêt, n'est-ce pas implicitement les autoriser au-delà des causes de cette saisie-arrêt? Or le transport est l'équivalent d'un paiement.

Enfin la loi du 18 août 1807 a fait l'application de cette théorie : « Les saisies-arrêts pratiquées entre « les mains des caissiers ou dépositaires publics ne

« vaudront que jusqu'à concurrence des causes de « l'opposition [1]. »

Examinons les conséquences auxquelles mène ce système et nous y trouverons un premier motif de le rejeter.

Les droits du premier saisissant ne doivent porter que sur la partie indisponible et, comme ce premier saisissant n'a aucun privilège résultant de la saisie-arrêt, il doit venir à une distribution par contribution avec les saisissants postérieurs et même avec le cessionnaire qui, à côté de son titre de cessionnaire exercé sur la partie disponible de la créance, jouit encore du titre de créancier ordinaire sur la partie indisponibilisée par la saisie-arrêt.

Le saisissant n'obtiendra donc qu'un faible marc le franc. Il pourra même se voir complètement écarté si l'un des saisissants postérieurs au transport était créancier d'une somme privilégiée, égale à celle déclarée indisponible.

Cette situation faite au premier saisisssant, exposé à perdre la majeure partie ou la totalité de sa créance par l'effet d'un transport qui cependant *ne peut avoir lieu à son préjudice* (art. 1242), quand le cessionnaire est payé intégralement ou pour la majeure partie, est une conséquence qui entraîne la condamnation du système dont elle émane.

Les motifs sur lesquels il s'appuie n'ont rien d'ailleurs de concluant.

1. Orléans, 11 mai 1859, Dall, 59, II, 172; Riom, 23 janvier 1862, Sir. 62, II, 530; Bourges, 24 novembre 1865, Dall. 66, II, 117.

Sa base est, que le droit du saisissant porte sur une partie déterminée de la créance. Or, cette prémisse est fausse. L'hypothèque prise pour la somme, la plus minime frappe en entier et dans toutes ses parties l'immeuble qu'elle grève (art. 2114). Une créance insignifiante pour loyers et fermages est privilégiée sur tout ce qui garnit les lieux loués (art. 2102). Tel doit être l'effet de la saisie-arrêt. Elle atteint la somme entière.

C'est ce qu'il résulte de l'article 557 du code de procédure civile. Cet article porte: « Tout créancier « peut saisir-arrêter les sommes ou effets appar- « tenant à son débiteur; » il ne dit pas: « une « partie de ces sommes ou une partie de ces effets « *égale au montant de sa créance.* »

On objecte la nécessité, imposée par l'article 559 du même code, d'indiquer, dans l'exploit de saisie, le montant des causes de la poursuite. Mais cette énonciation ne peut avoir le sens qu'on lui attribue. L'article 2148 du code civil impose au créancier hypothécaire l'obligation de faire une semblable énonciation dans l'inscription, et cependant personne ne songe à voir dans l'article 2148 un échec au principe de l'article 2114. L'hypothèque n'en frappe pas moins la totalité de l'immeuble.

Les articles 1242 et 1298 se retournent contre ceux qui les invoquent, puisque l'indisponibilité partielle arrive à léser, et d'une façon considérable, le saisissant antérieur à la cession.

Quand on se prévaut des termes de la loi de 1807,

on méconnaît leur véritable signification. On confond la restriction de la créance et la restriction du gage. L'hypothèque ne vaut que jusqu'à concurrence des causes de l'inscription. Mais cela ne veut pas dire qu'elle ne vaut pas sur l'immeuble entier. Il en est de même de la saisie-arrêt pratiquée entre les mains des caissiers ou dépositaires publics. Elle ne vaudra que jusqu'à concurrence des causes de l'opposition. La loi du 18 Août 1807 ne s'occupe pas du point de savoir si elle vaudra sur une partie où sur la totalité de la somme.

Dût-on reconnaître à ce document législatif le sens que je lui conteste, on n'y pourrait voir qu'une exception pour certaines saisies-arrêts, exception qui ne détruirait pas la règle générale.

La théorie de l'indisponibilité partielle se heurte en fait à divers obstacles.

Il ne faut pas perdre de vue que la saisie-arrêt peut très bien porter sur des effets mobiliers autres que des sommes d'argent. Comment, si ces objets sont indivisibles, déterminer la part intellectuelle dont le débiteur a pu disposer et, s'ils sont divisibles, les portions que comprenait ce droit de disposition?

Même quand il s'agit de sommes d'argent, de grosses difficultées s'élèvent pour déterminer la somme disponible et la somme indisponible.

Prendra-t-on pour élément de décision l'énonciation contenue dans la saisie-arrêt? Mais cette énonciation est peut-être exagérée ; peut-être même le droit

du saisissant n'existe-t-il pas. Assez souvent des débiteurs malaisés recourent à cet expédient. Ils prient un tiers complaisant, dénué de tout droit, de pratiquer entre leurs mains une saisie-arrêt. Le jugement amènera main-levée de cette opposition ; mais le débiteur aura atteint son but, il aura gagné du temps. Un tel stratagème ne saurait produire quelque effet et paralyser le droit d'un créancier de disposer librement de sa créance.

Aussi, parmi les défenseurs de cette seconde théorie, bon nombre n'admettent-ils comme base de fixation de l'indisponible, que les causes légitimes de la saisie-arrêt.

La difficulté n'est que reculée. Par quel procédé déterminera-t-on cette somme? Le cessionnaire a grand intérêt à surélever le chiffre du disponible. Faible au contraire est l'intérêt du saisissant à combattre cette exagération, puisqu'il verra tous les créanciers à saisie-arrêt postérieure venir en concours avec lui sur l'indisponible. Le cessionnaire obtiendra de lui sans peine une diminution dans l'évaluation de sa créance, peut-être même main-levée pure et simple de l'opposition. Faudra-t-il donc alors faire un procès au saisissant, le contraindre, malgré lui, à justifier sa créance? En cas de refus ne sera-t-on pas dans l'impossibilité d'établir l'existence et le montant de cette créance, qu'elle résulte d'un acte sous seing privé, ou même d'un acte authentique, car le notaire n'a point le droit d'en montrer la minute sans l'agrément des parties?

TROISIÈME THÉORIE. — *Indisponibilité totale relative.*

La créance frappée de saisie-arrêt est cessible, pour le tout, à l'égard des créanciers non encore saisissants, mais incessible, également pour le tout, au regard des créanciers déjà saisissants.

C'est la formule de cette troisième théorie que j'adopte, comme accordant le mieux les différents principes en jeu.

En réfutant le système de l'indisponibilité partielle, j'ai indirectement établi celui de l'indisponibilité totale. Pour que la démonstration de ma proposition soit complète, il me reste à prouver que cette indisponibilité n'est que relative, qu'à l'égard des saisissants postérieurs au transport le débiteur saisi a pu disposer de la manière la plus absolue, non pas seulement d'une partie, mais de la totalité de la créance saisie.

Aux termes de l'article 1690, le cessionnaire est approprié, à l'égard des tiers, par la signification du transport. Il est donc certain que, abstraction faite de la première saisie, le transport est parfait à l'égard des créanciers du cédant et que les saisies-arrêts qu'ils feraient postérieurement seraient de nul effet.

Cela étant, comment la saisie-arrêt pratiquée par l'un d'eux avant la signification du transport pourrait-elle améliorer le sort des autres? Elle est pour eux *res inter alios acta*, et pas plus qu'elle n'aurait pu leur nuire, elle n'a pu leur servir.

J'ai signalé, au début de cette discussion, le véritable enchevêtrement que certains auteurs et certains arrêts avaient établi entre les principes de ces théories diverses et contraires. En voici un exemple.

J'ai indiqué, comme proclamant d'une façon doctrinale le principe de l'indisponibilité partielle, des arrêts des Cours d'Orléans, de Riom et de Bourges. Or, il est impossible de mieux établir que ne l'ont fait ces cours dans ces mêmes décisions l'indisponibilité relative, de mieux montrer que la première saisie-arrêt doit profiter à celui-là seul qui l'a faite.

« Attendu, en droit, que la saisie-arrêt est « une mesure conservatoire autorisée par la loi dans « l'intérêt privé du créancier qui l'a formée, dont « lui seul peut profiter..... » [1]

« La prohibition de disposer est introduite seu- « lement en faveur des créanciers saisissants, et « dans leur intérêt privé..... » [2]

« Il n'est pas possible d'admettre qu'une oppo- « sition rende indisponible un capital et le saisisse « au profit de tous les créanciers, nés, connus ou « inconnus, mais encore au profit de ceux à naître ; « qu'en effet les procédures ne servent qu'à ceux « qui les font..... » [3]

Nombre d'auteurs sont amenés à contester le

1 Orléans, 11 mai 1859, Dall. 59, II, 172.
2 Riom, 23 janvier 1862, Sir, 62, II, 530.
3 Bourges, 24 novembre 1865, Dall, 66, II, 117.

droit de libre disposition à l'égard de tous autres que le saisissant, parce que, disent-ils, la saisie-arrêt a mis la créance qu'elle a frappée *sous la main de justice.* Elle en empêche donc l'aliénation.

A supposer que le raisonnement fût vrai, ce ne serait pas à l'indisponibilité partielle, mais à l'indisponibilité totale absolue qu'il conduirait, puisque nous avons démontré la fausseté de la première. Or le système de l'indisponibilité totale absolue n'est pas moins inadmissible, et se trouve aujourd'hui généralement abandonné.

L'objection d'ailleurs manque d'exactitude à un double point de vue :

D'une part la saisie-arrêt à laquelle il est permis de recourir sans titre exécutoire n'est qu'une mesure de conservation. Celui qui la pratique s'oppose à ce que le paiement puisse être effectué entre les mains du débiteur, aussi prend-elle avec plus de justesse, la dénomination d'*opposition* ; mais elle ne constitue point par elle-même et par elle seule un commencement de poursuites. Elle est donc impuissante à mettre sous la main de justice les objets qu'elle frappe.

D'autre part, fût-elle une mesure d'exécution, elle ne créerait pas davantage une indisponibilité. La saisie-immobilière, de laquelle on peut dire avec bien plus de raison qu'elle met sous la main de justice, ne rend pas elle-même la chose saisie inaliénable. L'inaliénabilité n'existe qu'après la

transcription et un texte formel a été nécessaire pour la prononcer (art. 686 C. proc. civ). Il résulte même de l'article 687 que l'inaliénabilité n'existe que relativement au saisissant et aux créanciers inscrits. C'est l'application à la saisie immobilière du principe auquel je prétends soumettre la saisie-arrêt.

Voyons maintenant, dans son application pratique, ce système de l'indisponibilité relative. Pour bien déterminer les conséquences auxquelles il mène, il importe de distinguer deux classes d'hypothèses :

Première hypothèse. — La cession porte sur la totalité de la créance.

Deuxième hypothèse. — Partie seulement de cette créance a fait l'objet d'une cession.

Première hypothèse. — La cession porte sur la totalité de la créance.

La solution sera très simple. Le transport signifié fait sortir la créance du patrimoine du cédant. Comme il porte sur la totalité de cette créance, les saisissants postérieurs se trouvent, en fait, déchus de tout droit. La présence du cessionnaire les écarte complètement. Mais, à l'inverse, c'est la cession qui devient inopposable au saisissant antérieur. La signification n'a pu entamer son droit ; elle ne vaudra, à son égard, que comme simple opposition. Voici à quels résultats de fait nous allons arriver.

Soit une créance de 6,000 fr. saisie-arrêtée d'abord pour 3,000 fr., puis transportée pour sa totalité, 6,000 fr. Nous ne nous inquiétons pas du point de savoir si des saisies-arrêts postérieures ont été ou non conduites, puisque les créanciers de qui elles émaneraient seront dépouillés de tout droit. Il ne s'agit que de régler les intérêts respectifs du saisissant antérieur à la cession et du cessionnaire. On les traitera comme deux créanciers ordinaires. La créance du cessionnaire se trouvant la plus élevée, un marc le franc plus considérable lui sera octroyé. Il touchera 4,000 fr. et le saisissant 2,000 fr.

Peu importe que le saisissant donne main-levée de son opposition ; les poursuivants postérieurs n'en voient pas pour cela leur situation améliorée. La cession est une barrière à laquelle viennent se briser toutes leurs prétentions.

Cette solution, que je crois la plus juridique, se recommande encore par sa très grande simplicité.

C'est elle qui respecte le mieux les intérêts du saisissant et du cessionnaire. Or, leurs droits étant les seuls en présence au moment où la créance sort du patrimoine du débiteur, la raison et l'équité demandent que ces droits soient pris en considération.

Enfin elle indisponibilise la créance dans une proportion relativement faible et qu'il est dès maintenant possible de déterminer, puisque le cessionnaire sait qu'il n'aura à subir le concours que d'un

seul créancier. Elle ménage donc, plus que toute autre, le crédit du débiteur saisi.

On nous fait cependant des objections.

Que la cession ne puisse être une cause de préjudice pour le saisissant, rien de plus légitime. Mais il est inadmissible en droit et en raison que cette cession même devienne pour lui une source de gain, car, sans elle, il eût été obligé de subir le concours de tous les créanciers à saisie-arrêt postérieure.

Un tel résultat n'offre rien d'anti-juridique. Nous avons vu qu'il découlait naturellement des principes. Chaque jour du reste la même situation se présente ; elle est l'effet de toute aliénation. Un créancier hypothécaire inscrit est primé par un créancier à hypothèque légale dispensée d'inscription et non inscrite. La purge de cette dernière hypothèque est effectuée. Le créancier inscrit va passer au premier rang et tirer avantage d'une vente à laquelle il est resté étranger. Comme lui et au même titre, le saisissant profite de l'aliénation de la créance.

On poursuit et on dit : la saisie-arrêt, simple mesure conservatoire, tant qu'elle n'est pas validée, ne peut créer un droit de préférence au profit de celui de qui elle émane. La situation privilégiée que vous faites au saisissant est donc illégitime.

Je réponds que nous n'établissons pas un privilège en sa faveur. C'est toujours son droit de créancier chirographaire qu'il exerce. Mais ce droit varie, est plus ou moins efficace suivant le nombre

des créanciers qui viennent en concours. Or la cession enlevant à tous autres leur droit, le sien s'exerce avec plus d'ampleur, il rencontre moins d'entraves.

Dira-t-on, si je reprends l'analogie que j'établissais tout à l'heure, que le créancier hypothécaire inscrit passe, par *préférence*, avant le créancier à hypothèque légale non inscrite, dont la purge a effacé le droit? Evidemment non. Si des questions de préférence s'élevaient, elles seraient tout à l'avantage du créancier à hypothèque légale, puisque son hypothèque passe la première. Mais, son droit étant effacé, celui du créancier inscrit ne trouve plus de rival, et son efficacité en est rendue plus grande. Telle est identiquement la situation du saisissant antérieur à la cession. Cette cession, comme l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, supprime des droits égaux ou supérieurs au sien, et, d'une façon indirecte, elle amène une amélioration dans sa situation.

Deuxième hypothèse. — Partie seulement de la créance a fait l'objet d'une cession.

La question devient plus compliquée; mais notre théorie ne se heurte point pour cela à ces impossibilités dont on lui a fait reproche.

Soit toujours une créance de 6,000 fr. Interviennent: une saisie-arrêt à concurrence de 3,000 fr., une cession ultérieure pour la même somme, puis une saisie-arrêt postérieure à la signification de ce transport, à con-

currence, elle aussi, de 3,000 fr. Voilà trois créanciers, venant pour le même chiffre, sur une même somme.

Abstraction faite de toutes les difficultés présentes, 2,000 fr. appartiennent à chacun d'eux. Nous les attribuons dès maintenant au premier saisissant, car le transport ne peut lui préjudicier et, à son égard, le cessionnaire ne sera jamais qu'un simple opposant.

Mais vis-à-vis du saisissant postérieur, le cessionnaire est plus qu'un opposant, il est un propriétaire de la part de créance à lui transportée. A son égard, ce saisissant postérieur ne peut donc exercer de prétentions légitimes que sur les 3,000 fr. non cédés. Sur ces 3,000 fr. ils sont deux saisissants. L'antériorité de la saisie ne créant point de droit de préférence, à chacun nous devons régulièrement attribuer 1,500 fr. Cette collocation ne peut être restreinte au détriment du saisissant postérieur; il a droit à un marc le franc égal à celui du saisissant antérieur sur cette somme que n'a point atteinte le transport.

D'un autre côté, cette nouvelle attribution diminue la collocation du premier saisissant et nous savons qu'elle ne peut tomber au-dessous de 2,000 fr. Pour la compléter, ce sera donc au cessionnaire que nous enlèverons 500 fr., car son titre de cessionnaire est vide d'effet à l'égard du saisissant antérieur, et voici la distribution définitive à laquelle on devra procéder :

2,000 fr. seront donnés au premier saisissant.

2,500 fr. au cessionnaire.

1,500 fr. au second saisissant.

« Par cette solution, fait remarquer la Cour de « Riom dans cet arrêt du 23 janvier 1862 que j'ai « eu plusieurs fois l'occasion de citer, nul n'a le « droit de se plaindre ; ni le premier saisissant, car « il prend tout ce qui devait lui revenir si le cessionnaire n'avait été qu'un simple saisissant; ni les « saisissants postérieurs à la cession, qui n'ont de « droit que sur la somme encore comprise dans le « patrimoine du débiteur lors de leur opposition; ni « enfin le cessionnaire qui ne subit de réduction qu'au « profit du premier saisissant. »

Si variées sont les opinions des auteurs et les décisions de la jurisprudence sur cette question que je renonce à les classer [1].

SECTION IV

Quelles Cessions de créances sont soumises à l'accomplissement d'une signification ou d'une acceptation authentique pour leur efficacité à l'égard des Tiers.

§ 1er. — *Certaines cessions sont soustraites à ces formalités.*

1. Voyez en sens divers, indépendamment des divers arrêts déjà indiqués : Pau, 12 avril 1832, Sir. 35, I, 222; Paris, 30 mai 1835, Sir. 35, II. 385; Paris, 26 juillet 1843, Sir. 43, II, 523; Cass. 18 Juillet 1843, Sir. 43, I, 908 ; Caen, 15 Mai 1871, Dall. 72, II, 59; Cass. 25 mars 1885; Sir. 85, I, 405; Duranton, XVI, n° 501; Troplong, II, n° 927; Duvergier, II, n° 201 ; Delvincourt, III, p. 169; Marcadé, *sur l'art.* 1691, n° 3 ; Colmet d'Aage, *procédure civile*, II, 833 ; Aubry et Rau, IV, p. 435; Colmet de Santerre, VII, n° 137 *bis* XII à XVIII; Laurent. XXIV, nos 525-528; Barilliet, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 49; Mersier, *Revue pratique*, 1867; XXIII, p. 334; Houyvet, *Revue pratique*, 1871, XXXI, p. 177.

§ 2.— *Certaines Cessions sont soumises à des formalités plus rigoureuses.*

§ 1er

CERTAINES CESSIONS SONT SOUSTRAITES A CES FORMALITÉS

La règle de notre ancien Droit, *qu'un simple transport ne saisit*, ne s'appliquait point aux cessions de tous les droits personnels, mais de ceux-là seuls qui avaient pour objet, soit le paiement d'une somme d'argent, soit la livraison de choses mobilières déterminées seulement quant à leur espèce. C'était donc une règle spéciale aux créances dans le sens strict et vulgaire du mot.

Longtemps même on laissa en dehors les cessions de rentes. Cette exigence ne leur devint commune que par arrêt du 24 novembre 1595, inséré au grand Coutumier. Depuis cette époque, les cessionnaires furent tenus de faire signifier même les transport des rentes foncières qui constituaient des droits réels immobiliers.

Les rédacteurs du Code ont suivi les errements de l'ancien Droit et la règle des articles 1690 et 1691 n'atteint point les cessions de droits personnels sur des immeubles ou même sur des meubles déterminés dans leur individualité.

Le terme *débiteur*, répété à trois reprises dans ces textes, indique bien clairement que le législateur n'a eu en vue que la cession de créances proprement dite.

On est généralement d'accord sur le principe ; mais les controverses abondent quand on descend à l'application. Je n'ai point à les passer en revue. Il me suffit d'indiquer que le domaine des articles 1690 et 1691 est, jusque-là, le même que celui de ce Travail.

L'objet de la cession est une universalité, telle qu'une succession. A titre d'universalité, elle est soustraite à la nécessité d'une notification. Mais au nombre des droits successifs se trouvent des créances. Seront-elles sujettes, pour l'efficacité complète de leur transfert aux formalités de l'article 1690; faudra-t-il signifier le tranport aux débiteurs héréditaires ?

Je ne le pense pas. Ce qui a fait l'objet de la cession, ce ne sont point, à proprement parler, des créances ; ce n'est point tel droit plutôt que tel autre ; c'est une masse héréditaire, une universalité composée d'éléments divers.

Peut-être les opérations du partage n'auront-elles fait entrer aucune créance de sommes d'argent dans le lot du cessionnaire et la signification, à supposer qu'elle ait été faite, eût été sans objet.

Peut-être sera-ce le fait inverse qui se produira et alors ne serait-on pas en droit de dire avec l'article 883 : le cessionnaire est réputé n'avoir jamais eu droit qu'à des créances; ce sont donc des créances qui en fait, lui ont été transmises, et l'article 1690 doit s'appliquer?

Non. La raison indique, que pour apprécier la véritable nature d'un droit cédé, il faut exclusivement

s'attacher au caractère qu'il avait au moment de la cession, sans tenir compte des transformations qu'il a subies par suite de son exercice [1].

Toutefois, pour s'assurer que le paiement ne sera point effectué en des mains autres que les siennes, le débiteur agira avec prudence s'il fait connaître, au moins officieusement l'opération aux débiteurs de la succession. Sans cette précaution, il pourrait se voir opposer un paiement fait de bonne foi à l'héritier, propriétaire apparent du titre (art. 1240).

Je fais maintenant abstraction de toute cession au profit d'un étranger. L'article 1690 s'appliquera-t-il aux attributions de créances faites à l'un des héritiers par suite de la composition des lots?

Il semble qu'en présence du principe de l'article 883 la question ne puisse pas naître. L'héritier est réputé avoir été, depuis le décès, propriétaire exclusif de chaque objet mis dans son lot. Aucun transport n'a donc été opéré.

Beaucoup d'auteurs sont arrêtés dans ce raisonnement par l'article 1220. Ce texte divise de plein droit, dès l'instant de la mort, les créances héréditaires. Chaque héritier n'est approprié que d'un quantum de

1. *Sic*: Cass., civ., 16 juin 1829, Sir. 29, I, 268; Toulouse, 24 novembre 1832, Sir, 33, II, 316; Cass. civ., 6 juillet 1858, Sir., 59, I, 247. — *Contra*: Cass. req., 18 novembre 1819, Sir. 21, 1, 321; Cass. req., 23 juillet 1835 Sir. 35, I, 481, (il est à croire que si la question se présentait à nouveau devant la chambre des requêtes, elle ne persisterait point dans sa manière de voir, en présence de l'arrêt si formel que la Chambre civile a rendu le 6 juillet 1858 en sens contraire); Pau, 21 décembre 1844, Sir. 45, II, 451; Nancy, 28 juin 1856, Sir. 56, II, 258.

la créance proportionnel à sa part. Si donc, l'une d'elles lui est attribuée dans son intégralité, il y aura transfert partiel à son profit.

La question roule tout entière sur le point de savoir si l'article 883 s'applique aux créances comme aux autres droits et objets qui constituent l'actif successoral.

Sans vouloir traiter à fond la question, je pense qu'il en est ainsi. L'article 883 est général et ne se prête à aucune distinction de cette nature : « Chaque « cohéritier, y est-il dit, est censé avoir succédé à « tous les effets compris dans son lot. »

La combinaison avec l'article 1220 est facile. Les créances ne sont divisées de plein droit que provisoirement, dans un but utilitaire, pour permettre aux héritiers de poursuivre immédiatement des débiteurs menaçant peut-être de devenir insolvables. Investis par la loi de ce droit de poursuite, les payements faits entre leurs mains seront libératoires. Les débiteurs qui les effectuent sont plus, en effet, que des débiteurs de bonne foi (art. 1240) ; ils obéissent à une nécessité légale.

Mais, si ces créances ne sont point éteintes, la règle de l'article 883 reprend son empire, et le partage n'a contenu aucune cession.

Ces hypothèses exceptionnelles mises de côté par la raison que nous ne sommes point en face de cessions de créances dans le sens juridique du mot, la dispo-

sition de l'article 1690 s'applique à toutes les cessions véritables.

Y sont soumises celles qui se font entre commerçants en la forme ordinaire du transport, aussi bien que celles qui interviennent entre non-commerçants, et cela, alors même que la créance cédée est de nature commerciale. En effet, les règles établies par le Code civil forment le droit commun et sont applicables, même en matière de commerce, sur tous les points à l'égard desquels la loi commerciale ne contient point de dispositions spéciales [1].

Cependant la formalité de la signification est étrangère :

I. — A la transmission des rentes sur l'Etat et des actions de la Banque de France. Elle s'opère au moyen de transferts inscrits sur les registres du Trésor et sur ceux de la Banque [2].

II. — Aux actions sur certaines sociétés de commerce qui se transmettent aussi par une simple mention portée sur leurs registres (art. 36, C. com.). Les tiers ne peuvent s'en plaindre, puisque les statuts de la société les avertissent.

1. Cass., 23 novembre 1813, Sir. 14, I, 78 ; Rennes, 29 juillet 1861, Sir. 62, II, 225 ; Cass., 27 novembre 1865, Sir., 66, I, 60; Rouen, 3 janvier 1874, Sir. 74, II, 278.

2. Loi du 28 Floréal an VII ; décret du 13 Thermidor an XIII, art. 1er; décret du 16 janvier 1808.

Mais, étant donnée la base de cette disposition exceptionnelle, si le transfert n'avait point eu lieu dans la forme indiquée par les statuts sociaux, il ne s'opérerait valablement, vis-à-vis des tiers, que par la signification, en conformité de l'article 1690. En conséquence, une cession verbale, encore qu'elle soit accompagnée de la remise des coupons des actions cédées, ne peut être opposée à celui qui, devenu postérieurement cessionnaire des mêmes valeurs, aurait fait notifier l'acte de cession. L'article 1141, qui donne la préférence au possesseur, ne s'applique point au transport des valeurs mobilières incorporelles [1].

III. — Aux traditions manuelles de titres au porteur.

IV. — Au transport, par voie d'endossement, des lettres de change et des billets à ordre.

Ces effets, au porteur ou à ordre, sont considérés comme une véritable monnaie susceptible de circuler de main en main avec le seul consentement du *tradens* et de *l'accipiens* (art. 136 et 187, C. comm.).

Les dispositions de ces articles peuvent-elles être étendues aux obligations notariées stipulées payables à ordre?

Oui. La base de ce privilége spécial aux effets négociables n'est point dans la nature commerciale ou

1. Voyez: Montpellier, 4 janvier 1853, Dall. 54, II, 71.

civile de la créance. C'est de la forme seule du titre qui la constate qu'il dérive. L'insertion de la clause à ordre implique, ainsi que je l'ai indiqué à maintes reprises, l'engagement, de la part de l'obligé, de payer à l'endossataire du titre à l'échéance [1].

Le plus souvent le but des parties, en recourant à la forme notariée, aura été de constituer une hypothèque au profit du créancier. Cette hypothèque, et, d'une façon plus générale, le droit réel attaché comme accessoire à une créance constatée par des titres à ordre ou au porteur, va-t-il bénéficier du mode de transmission organisé pour le principal. Pourra-t-il passer avec la même facilité sur la tête des cessionnaires successifs? Ne faudra-t-il point, au moins en ce qui le concerne, se conformer à la disposition de l'article 1690? La question est vivement controversée.

Pour la négative on raisonne ainsi:

La cession par voie d'endossement, nécessitée par les besoins du commerce, est déjà sujette à de graves inconvénients. Mais si elle peut atteindre même la constitution d'hypothèque, alors la porte est ouverte aux plus grands abus, et le danger auquel on s'expose n'est plus justifié par aucune nécessité. Nul, en effet, ne voudrait prétendre que les opérations usuelles du commerce réclament la négociabilité de l'hypothèque. C'est un retour, sans motif, au

1. *Sic.*: Merlin, *répert.*, *billet de change*, p. 403; Pardessus, n° 330. — *Contra:* Limoges, 27 novembre 1845, Dall. 47, II, 37; Laurent, XXIV, n° 498.

périlleux système de la loi du 11 Messidor, an III, système que le législateur a condamné par la loi du 11 Brumaire de l'an VII.

Les dangers se multiplient si l'on considère que la transmission par endossement n'est point soumise à la nécessité d'une date certaine. Toutes les fraudes deviennent possibles, et, grâce aux antidates, la mauvaise foi pourra se jouer de tous les modes d'extinction qui auraient anéanti la créance.

A ces considérations de raison, on ajoute des arguments de texte. Les dispositions spéciales relatives à la négociation des effets de commerce sont muettes sur la cession d'une hypothèque par voie d'endossement (art. 136, 137, 138, 187, C. com.) et les dispositions du droit commun viennent corroborer ce silence de la loi commerciale. Qu'on parcoure tout le Code civil, on n'y trouvera aucun texte ayant pour but de soustraire la transmission d'hypothèque à l'application de la règle générale posée dans l'article 1690.

Non-seulement la loi est muette pour créer une telle exception ; mais l'existence de certains principes démontre qu'elle est inadmissible Une des conditions substantielles du droit hypothécaire est la notoriété du véritable titulaire de la créance par l'insertion dans l'inscription de ses nom, prénoms, profession et d'un domicile élu (art. 2148). Le cessionnaire n'échappe pas à l'application de la règle (art. 2152).

Il était d'ailleurs indispensable qu'il en fût ainsi.

La loi permet au tiers détenteur de l'immeuble grevé de le purger de tous droits réels. La formalité essentielle de la purge consiste dans une notification au titulaire de ces droits. Or comment y procéderait-on si ce titulaire, si celui-là même à qui la notification doit être adressée, est inconnu [1] ?

Ces arguments ne tiennent pas devant un examen sérieux et je crois que le droit réel passera à l'endossataire avec la créance dont il ne forme que l'accessoire.

Remarquons d'abord combien la cession par voie d'endossement d'une créance munie d'hypothèque perd de son utilité si cette garantie qui confère peut-être à la créance toute sa valeur ne la suit pas dans ses transmissions successives.

Ce n'est point, comme on le prétend, un retour aux cédules hypothécaires de la loi de Messidor. Le vice radical de cette loi était dans la constitution même de l'hypothèque et non dans sa transmission.

Elle permettait de prendre hypothèque sur soi-même, c'est-à-dire avant qu'aucune obligation ait été contractée par le propriétaire envers un tiers. Et le danger consistait en ce que la propriété foncière, ainsi mobilisée par ces cédules, pouvait être engagée et indirectement aliénée en un clin-d'œil.

« Un joueur, suivant le langage imagé de « M. Troplong, pouvait hasarder à la roulette une

1 Lyon, 22 mars 1830, Sir. 31, II, 238 ; Grenoble, 7 février 1835, Sir, 35, II, 240.

« cédule hypothécaire représentant son champ pater-
« nel, comme on y joue une pièce d'or ; on pouvait
« parier la maison héréditaire pour une course de
« chevaux, comme on parie une monnaie courante
« qui se livre de la main à la main et que l'on place
« à l'enjeu » [1].

Mais la circulation plus ou moins rapide de l'hypothèque constituée n'a rien d'inquiétant. Qu'importe que le créancier se dépouille, avec la créance qu'il a le droit d'aliéner, de cette garantie hypothécaire désormais sans valeur entre ses mains?

C'est le caractère occulte et irrévocable de la transmission par voie d'endossement, qui effraie surtout nos adversaires. L'hypothèque et la créance étaient éteintes par compensation, par exemple, et voilà que, par suite d'un tel procédé de transfert, l'une et l'autre vont revivre. Les autres créanciers du débiteur temporairement libéré vont en souffrir, puisqu'ils verront passer avant eux, sur son actif, le porteur actuel du titre. Or un tel résultat est inacceptable. Sans doute, la compensation ayant disparu, une créance renaît au profit de leur débiteur et vient grossir son patrimoine. Mais peut-être porte-t-elle sur un insolvable ; peut-être aussi sera-t-elle touchée avant qu'ils aient pu opérer une main-mise?

Ce danger n'était point de nature à émouvoir le législateur. Il existe, en effet, même quand on ne rencontre pas d'hypothèque. Il est certain que les causes d'extinction d'une créance constatée par un

1. *Vente*, II, p. 405.

effet négociable ne sont pas opposables au porteur, que la créance soit hypothécaire ou non. Les autres créanciers du débiteur seront donc contraints de subir le concours de ce porteur actuel dont le droit avait été précédemment éteint. La différence entre cette hypothèse et la précédente n'est qu'une nuance, qu'une question de quotité dans la perte qu'ils éprouveront. Le chiffre de cette perte sera plus élevé, je le reconnais, si le titre était garanti par une hypothèque; mais une telle circonstance ne peut influer sur la question. Quand vous contractez avec une personne, c'est à vous de vous assurer si ses créanciers sont chirographaires ou hypothécaires. L'inscription sur les registres du conservateur des hypothèques vous l'indique. Vous avez contracté quand même: c'est une infériorité de situation que vous avez librement acceptée.

Étant donnée cette similitude absolue entre les deux cas, je ne suis point touché des dangers d'une antidate qui chercherait à dissimuler la fraude. Ils n'ont point arrêté le législateur quant à la transmission de la créance elle-même; ils n'ont pas dû l'arrêter davantage quant à la transmission de l'hypothèque.

Les arguments de texte ne sont pas plus péremptoires que ceux de raison.

Le code de commerce et le code civil sont muets, nous dit-on, sur la transmission de l'hypothèque par endossement. Je puis faire remarquer que la loi est également muette sur le transfert de ces garanties

par la voie normale de la cession et cependant personne ne doute que le droit réel ne passe avec la créance qu'il protège. On a raison de le croire ainsi. Il était inutile de parler de l'hypothèque. C'est un accessoire du droit, or, l'accessoire suit le sort du principal auquel il s'attache.

L'article 2152 n'est point impératif. « Il est loisible, » porte-t-il ; et d'ailleurs la faculté qu'il ouvre au cessionnaire n'est point relative à un changement de désignation dans l'inscription, mais à l'élection d'un nouveau domicile.

Enfin, la théorie que j'adopte ne mène point à un bouleversement du régime hypothécaire. Il faut que le tiers détenteur de l'immeuble grevé puisse purger son acquisition, et pour cela, il faut qu'il adresse au créancier des notifications et des offres de paiement (art. 2183) ; mais, la publicité étant un principe fondamental de notre régime hypothécaire actuel, et cette publicité n'était réalisée que par les mentions contenues sur le registre du conservateur des hypothèques, le tiers détenteur ne connaît que ces inscriptions. Aussi, le point a déjà été signalé, c'est au domicile indiqué dans cette inscription que sera valablement portée sa notification, et au nom qu'elle contient que son offre pourra et devra même s'adresser.

L'offre ne doit point distinguer entre les créances exigibles et celles qui ne le sont pas (art. 2184). Ici, il y a opposition manifeste entre les principes du droit hypothécaire et ceux qui régissent les effets

négociables, le débiteur d'un tel effet ne pouvant anticiper le paiement. Il est évident que le droit civil doit l'emporter, « car, en se prêtant à l'adoption des « effets négociables pour transmettre les droits hy- « pothécaires, il n'a pu consentir à s'abdiquer lui- « même. C'est aux effets négociables à se plier aux « règles fondamentales du régime hypothécaire dans « lequel ils demandent accès » [1].

La nature négociable d'un effet contient virtuellement une stipulation de non paiement avant l'échéance. Cette clause insérée d'une façon formelle dans un titre ordinaire n'apporte point d'obstacle au droit à purge du tiers acquéreur; il en doit être de même de la stipulation virtuelle et tacite [2].

V. — A l'exemple des lettres de change, faut-il soustraire à la formalité de la signification les écrits sous forme de récépissé remis à un tiers pour toucher des fonds disponibles au crédit du signataire et appelés usuellement chèques-récépissés?

On pourrait dire: L'opération n'a rien d'une cession. La signature apposée au bas de l'écrit vaut seulement procuration, elle est révocable comme tout mandat.

La jurisprudence se prononçait généralement en sens contraire, avant la loi du 14 juin 1865. Le

1. Troplong, *vente*, II, p, 412.

2. Troplong, *vente*, n° 906 ; Merlin, *questions de droit*, v° *hypothèque* § 18; Marcadé *sur l'art.* 1692, n° 3; Cass., 21 février 1838, Sir. 38, I, 208; Cass., 11 juillet 1839, Sir. 39, I, 939.

mandat n'est que le moyen et non le but. Le but est de procurer au bénéficiaire une créance. Mais elle n'en déclarait pas moins étranger à cette opération l'article 1690 [1].

Depuis la loi du 14 juin 1865, la question est législativement tranchée. L'article 1[er] donne du chèque la définition suivante: « Le chèque est l'écrit « qui, sous la forme d'un mandat de paiement, sert « au tireur à effectuer le retrait, à son profit ou au « profit d'un tiers, de tout ou partie de fonds portés « au crédit de son compte chez le tiré, et dis- « ponibles. » Le chèque-mandat est donc le seul qui, visé par la loi nouvelle, profite de ses immunités. Il n'y a que lui qui opère transfert complet de la créance, et cela sans signification préalable.

Quant au chèque improprement dit ou chèque-récépissé, qui est en soi un acte parfaitement licite et valable, il n'offre ni les caractères d'un chèque, proprement dit ou d'un billet au porteur, dont la propriété peut se transmettre par la seule tradition, ni d'un titre de créance transmissible par la voie, soit de l'endossement, soit du transport ordinaire. Il ne constitue qu'un mandat et reste en dehors du domaine de mes explications [2].

1. Paris, 3 mars 1864, Sir. 64, II, 25; Paris, 2 décembre 1867, Sir. 68, II, 148. Ce dernier arrêt statuait sur un fait antérieur à la loi du 14 juin 1865.

2. Nantes, 6 juillet 1867, Sir. 67, II, 360; Cass., 14 mai 1872, Sir. 72, I, 232.

§ 2

CERTAINES CESSIONS DE CRÉANCES SONT SOUMISES A DES FORMALITÉS PLUS RIGOUREUSES

Ces formalités sont exigées non pas à la place de la signification ou acceptation authentique, mais concurremment avec elle.

Aux termes de la loi du 23 mars 1855, les cessions de loyers ou fermages non échus sont soumises à la transcription lorsqu'elles portent sur trois années. Les jugements qui constatent de pareilles cessions doivent aussi être transcrits (art. 2 et 3).

On a considéré l'établissement de tels droits comme affectant la valeur du fonds de l'immeuble et on l'a soumis, à ce titre, à la même publicité que les aliénations totales ou partielles de cet immeuble : « On « sent toute l'influence, disait M. Debelleyme dans « son rapport au Corps législatif, que peut exercer « sur la valeur d'une propriété l'existence de pareils « actes ; son utilité, son produit, sa jouissance sont « affectés de telle sorte qu'il y a pour l'acheteur ou « le prêteur sur hypothèque un légitime intérêt à les « connaître [1]. »

L'omission de cette formalité n'entraînera point des conséquences aussi graves que l'absence de notification. Le transport est efficace d'une façon gé-

1. Dalloz, 1855, IV, p. 30, n° 27.

nérale. Il n'est imparfait que vis-à-vis d'une certaine catégorie de tiers, « ceux qui ont acquis des droits « sur l'immeuble et qui les ont conservés en se con- « formant aux lois (art. 3). » Ce sont les acquéreurs de l'immeuble loué et les créanciers hypothécaires sur cet immeuble, quand ils ont eu soin, les premiers, de faire transcrire leur titre sur les registres du conservateur des hypothèques, les seconds de prendre inscription sur les mêmes registres.

Cette législation nouvelle est très simple quand il s'agit de régler les droits respectifs du cessionnaire et d'un tiers acquéreur; mais, si le cessionnaire se trouve en face de créanciers à hypothéque, quelques explications deviennent indispensables. Voici le mécanisme inauguré par la loi du 23 mars 1855.

La transcription de la saisie immobilise seule les fruits. Cependant c'est à l'époque de l'inscription hypothécaire qu'il faut se reporter pour savoir si la transcription de la cession est intervenue à temps. Cette démonstration a été faite antérieurement, quand je me suis occupé des conséquences de la signification d'une cession après la même époque, aussi je n'y reviens pas.

La transcription avait-elle été effectuée, la cession peut être opposée aux créanciers hypothécaires pour toute sa durée, même en ce qui concerne les loyers et fermages à échoir postérieurement à la transcription de la saisie. En effet, le créancier n'a pu acquérir sur cet immeuble qu'une hypothèque primée par un droit antérieur, et le résultat de ce droit préférable

était précisément, en attribuant une longue série de fermages à son titulaire, d'en rendre impossible l'immobilisation.

Que si la cession, régulière d'ailleurs à tous autres points de vue, n'était point encore transcrite à la date de l'inscription, elle ne sera opposable au créancier hypothécaire que pour une durée de moins de trois années à partir de la transcription de la saisie.

Cette proposition a été contestée par le motif que les cessions anticipées qui portent sur trois années ou plus de loyers ou fermages, étant présumées suspectes, ne pouvaient être maintenues même pour moins de trois ans [1].

Le point de vue me paraît inexact. Le législateur n'avait aucune raison pour considérer les cessions de trois années plus suspectes que celles d'une durée moindre, et le vrai motif qui l'a déterminé à se montrer rigoureux pour les premières, nous l'avons indiqué, avec M. Debelleyme: Plus est long l'espace de temps auquel se réfère la cession, plus est affectée la valeur de l'immeuble, et il devenait nécessaire de la porter à la connaissance du public lorsque l'effet doit s'en prolonger au-delà d'un certain terme.

On ne comprendrait pas, d'ailleurs, d'une part, que

1. Riom, 11 décembre 1860, Sir. 62, II, 415; Troplong, *de la Transcription*, n° 209; Sellier, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 92; Gauthier, *Résumé sur la transcription*, n° 1855.

l'absence de transcription pût avoir pour effet d'entacher de suspicion des actes ayant acquis date certaine, et, d'autre part, que l'accomplissement de cette formalité eût pour résultat de les purger de tout soupçon de fraude.

Cela étant, si la cession de moins de trois années de fermages est opposable au créancier hypothécaire, à plus forte raison doit l'être, dans la même limite, celle qui a été faite pour un délai plus long. Réduite dans cette mesure, elle n'affecte plus la valeur du fonds et l'absence de publicité ne la vicie point.

Enfin, toute cette démonstration se corrobore par un argument d'analogie. Les baux de plus de dix-huit ans doivent être transcrits. S'ils ne l'ont pas été, ils ne sont pas opposables au-delà de dix-huit ans ; mais le restent dans cette limite (art. 3). Aucun motif ne pouvait porter le législateur à introduire une règle autre en matière de transcription de cession. L'homogénéité qui doit régner entre les diverses parties du système inauguré par la loi du 23 mars 1855, exige donc une solution identique pour les baux et pour les cessions de fermages [1].

1. Flandin, *De la transcription*, II, 1279 et 1280 ; Aubry et Rau, III, p. 433, note 25.

CHAPITRE IV

DIFFÉRENCES ENTRE LA CESSION DE CRÉANCES ET CERTAINES OPÉRATIONS JURIDIQUES AYANT DES RAPPORTS PLUS OU MOINS INTIMES AVEC ELLE.

Il arrive souvent que les parties se trompent sur les titres qu'elles donnent aux actes. Dans ce cas, c'est aux clauses de l'acte plutôt qu'à la dénomination employée par les contractants, qu'il faut s'attacher pour déterminer le caractère de la convention.

Les conventions avec lesquelles on est le plus porté à confondre la cession, sont la Novation et la Subrogation. De là deux sections;

SECTION I^re^. — *Différences entre le Transport de créances et la Novation.*

SECTION II. — *Différences entre le Transport de créances et la Subrogation.*

SECTION I^re^

Différences entre le Transport de créances et la Novation.

L'article 1271 énumère trois modes de Novation :

1° Novation par changement dans l'Objet;

2° Novation par changement de débiteur

3° Novation par changement de Créancier.

La première ne présente aucun rapport, même lointain avec la cession, mais il n'en est pas de même des deux autres.

I

Novation par changement de Débiteur.

La forme la plus ordinaire de la Novation par changement de débiteur est la Délégation.

Primus est débiteur d'une somme de 20,000 fr. envers Secundus. Il va trouver son créancier et lui proposer d'accepter, pour cette même somme de 20,000 fr., l'engagement de Tertius qui consent à s'obliger envers lui. Cet engagement de Tertius est agréé par Secundus, auquel il se trouve ainsi délégué.

Secundus a pu, satisfait de ce nouvel engagement, délier complétement Primus. S'il l'a fait, la délégation est dite *parfaite*. Elle contient véritablement novation.

S'il ne l'a pas fait, elle n'est qu'*imparfaite* et l'article 1275 nous avertit qu'il n'y a pas novation.

Il n'est pas nécessaire, pour l'efficacité d'une délégation, que le délégué se trouve, pour une cause antérieure, débiteur du déléguant ; mais il est évident que la délégation ne peut présenter un rapport quelconque avec le transport de créance que s'il en est ainsi. C'est, en effet, une sorte de cession de sa créance que fait le déléguant, pour se trouver lui-même libéré envers le délégataire, son propre créancier, c'est une véritable dation en payement.

Malgré cette similitude apparente, des différences profondes séparent les deux opérations.

Dans la délégation imparfaite, on ne trouve qu'une simple indication de payement ; elle s'analyse en un mandat et, à ce titre, elle présente des caractères tout-à-fait opposés à ceux de la cession. A un autre point de vue, la propriété de la créance sur le délégué est si peu transférée au délégataire que celui-ci, négligeant d'user du bénéfice de l'opération, peut agir *de plano* contre le déléguant, son débiteur originaire.

Un rapport plus intime relie la délégation parfaite à la cession. Puisque le débiteur déléguant est libéré vis-à-vis de son créancier le délégataire, l'unique ressource de celui-ci est d'agir contre le délégué, et il paraît bien que l'ancienne créance du déléguant sur ce dernier soit devenue sienne.

M. Larombière [1] en a conclu que l'opération n'était parfaite, vis-à-vis des tiers, que si l'acceptation du délégué avait eu lieu dans un acte authentique (art. 1690). Ces tiers sont, ou bien les créanciers du déléguant, ou bien de nouveaux délégataires ou cessionnaires. Du reste, le délégataire aurait également à son service, pour obtenir la saisine à leur égard, le procédé de la signification, qui compléterait l'acceptation par acte sous-seing privé du délégué.

Cette manière de voir n'est que le résultat d'une confusion. La loi qualifie de *novation* la délégation. Or, la novation est un mode d'extinction des obliga-

1. III, art. 1276, n° 4.

tions. La cession, elle, au contraire, en suppose la survivance. Le bénéficiaire seul est changé.

Les dispositions de la loi sont conformes à son langage. C'est ainsi que l'article 1275 exige l'assentiment du débiteur délégué, tandis que la cession peut se pratiquer à l'insu, et même contre le gré du débiteur cédé.

La disposition de l'article 1278 ne répugne pas moins à la nature de la cession. Nous avons constaté qu'avec le principal de la créance passaient au cessionnaire tous les accessoires qui peuvent le garantir. Or, ce texte a précisément pour but d'enlever au délégataire et, d'une façon plus générale, au bénéficiaire de la novation, les privilèges et hypothèques attachés à l'ancienne créance. Le législateur, en effet, est parti de l'idée que le délégué a contracté un engagement nouveau, tout-à-fait indépendant de l'engagement ancien qui le liait au déléguant.

Malgré le silence de la loi, nous devons tirer de cette idée une autre série de conséquences également en opposition avec les principes du transport : Aucune des exceptions opposables par le délégué à son créancier originaire, le déléguant, ne sera accueillie contre son créancier nouveau, le délégataire.

De toute cette démonstration il résulte surabondamment que les règles spéciales à la cession, et, en particulier, la nécessité d'une signification ou d'une acceptation authentique, ne sauraient être étendues à la délégation.

L'engagement du délégué sera soumis aux clauses insérées dans l'acte et, à leur défaut, aux principes généraux des obligations.

Mais il va de soi que ma solution serait tout autre si cet engagement du délégué avait été formulé de la façon suivante : « Je m'engage à me « libérer de mon obligation vis-à-vis de Primus « (déléguant) entre les mains de Secundus (délé- « gataire). » Aucune obligation nouvelle n'est alors contractée. C'est une cession ordinaire que cache la délégation, aussi tous les principes en seront-ils applicables. L'acceptation du délégué aura dû intervenir dans la forme authentique, ou il aura dû être suppléé à ce vice de forme par une signification.

II

Novation par changement de créancier

Cette dernière espèce de novation a lieu « lorsque, « par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau « débiteur est substitué à l'ancien envers lequel le « débiteur se trouve déchargé. » (art. 1271, 3°)

C'est elle, qui, sans contredit, présente avec le transport-cession le plus de ressemblance. Elle en diffère pourtant dans son principe même, puisque toute novation implique l'idée d'extinction d'une créance. Elle sera donc, aussi bien que la novation par changement de débiteur, soustraite à cette

signification nécessaire pour l'efficacité complète du transport.

Le point le plus délicat en cette matière est le point de fait. L'intention des parties fera seule loi. C'est elle qui assignera à l'opération son véritable caractère. Comme la novation ne se présume pas (art. 1273), c'est pour un transport que l'on tiendra l'acte, tant que la preuve contraire n'aura pas été fournie.

SECTION II

Différences entre le Transport de créances et la subrogation

La subrogation est réelle ou personnelle. Il y a subrogation personnelle, dit Renusson, quand une personne succède et entre au lieu et place d'une autre pour exercer ses droits et actions [1].

Mais la seule subrogation personnelle, qui puisse prêter à confusion avec le transport, est celle organisée par les articles 1249-1252.

C'est la subrogation dans son acceptation technique, celle que l'on désigne par ce seul mot : la *subrogation*,

1 *Traité des subrogations*, chap. I, n° 1er.

ou encore, plus exactement, par ceux-ci : le *payement avec subrogation.*

Cette subrogation est légale ou conventionnelle. L'article 1251 énumère les cas de subrogation légale.

La subrogation conventionnelle se subdivise à son tour en subrogation *a parte creditoris* et *a parte debitoris* (art. 1250).

La subrogation *a parte creditoris* a lieu lorsque le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits et actions contre le débiteur.

Elle est *a parte debitoris* si le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier.

C'est une question difficile que celle qui a pour objet de déterminer d'une façon exacte la nature de la subrogation. Les difficultés viennent du caractère de fiction qu'elle présente. L'effet essentiel du payement est d'éteindre la créance à laquelle il se réfère. Et, s'il en est ainsi, comment peut-il se faire que les droits et actions du créancier persistent et puissent être exercés par un tiers?

Introduite par des raisons d'utilité pratique, on n'a point songé à la justifier au point de vue théorique, et pas plus nos anciens jurisconsultes que les rédacteurs du Code ne l'ont nettement caractérisée. Le point importe cependant. Si la subrogation n'est qu'un transport, les principes qui régissent cette opération juridique lui seront applicables.

Un premier système distingue entre la subro-

ration légale et la subrogation conventionnelle. Voici comment le formulent et le défendent MM. Championnière et Rigaud :

« A l'exemple de Domat, qu'ils semblent avoir « pris pour guide, les rédacteurs du Code ont « reconnu deux espèces de subrogation (art. 1249), « l'une conventionnelle, l'autre légale ; mais ils « n'en ont point autrement déterminé la nature et « les effets ; il en résulte qu'on doit aujourd'hui « leur supposer ceux qu'ils produisaient sous l'ancien « droit, c'est-à-dire que *la subrogation convention-* « *nelle n'est qu'un transport sous un autre nom* et « dans une circonstance particulière, mais qu'elle a « pour objet la créance elle-même tandis que la « subrogation légale, la seule à laquelle convienne « proprement cette dénomination, constitue un « payement véritable, avec transport des actions, « privilèges et hypothèques » [1]

Cette distinction, à laquelle Basnage [2] peut prêter encore l'appui de son autorité, a rencontré d'assez nombreux partisans [3]. L'administration de l'enregistrement s'y est en particulier arrêtée, et elle perçoit le droit de cession dans le cas de subrogation conventionnelle, tandis qu'elle se contente du droit de quittance, quand la subrogation est légale [4].

Certains auteurs, tels que Toullier, restreignant le

1. *Traité des droits d'enregistrement*, II, n° 1250.

2. Basnage, *hypothèques*, chap. XV.

3. Delvincourt, II, p. 559 ; Duvergier, *vente*, II, n° 237 ; Cass., 4 février 1846, Sir. 46, I. 97.

4. Championnière et Rigaud, *op. cit.*, n°s 1240 et 1254.

domaine de la cession tel que l'a circonscrit le premier système, se refusent à en voir une dans la subrogation conventionnelle *a parte debitoris*. Comment, disent-ils, un débiteur aurait-il pu aliéner une créance qui n'est pas la sienne? Le débiteur est bien le sujet passif de l'obligation; mais celui-là seul peut en disposer qui en est le sujet actif, le titulaire, car à lui seul en appartient la propriété.

Sans vouloir examiner le mérite de cette sous-distinction, je nie qu'une différence quelconque puisse être faite entre les diverses causes de subrogation. Toutes vont constituer une cession, ou aucune n'aura ce caractère. L'article 1252, le seul qui en détermine les effets, est conçu dans des termes qui sont exclusifs de toute distinction. « La subrogation établie par *les articles précédents*, dit-il..... » Donc, il n'y a qu'une seule espèce de subrogation, pouvant procéder, il est vrai, de cause différentes.

Rien de plus logique que cette similitude d'effets. La subrogation légale n'est, au fond, qu'une subrogation conventionnelle *a parte creditoris;* mais la loi supplée au consentement que le créancier devrait régulièrement donner et qu'il ne refuse que par mauvaise volonté, puisque cette subrogation ne lui porte aucun préjudice.

La même considération d'équité explique la subrogation conventionnelle *a parte debitoris.*

C'est donc à la subrogation conventionnelle *a parte creditoris* que je ramène toutes les autres. En faut-il

conclure que toutes auront le caractère de cession attribué par mes contradicteurs à cette dernière?

Une théorie est allée jusque là. Telle est, dit-on, la nature que son origine historique lui attribue et qu'elle a toujours conservé.

Julien s'exprimait ainsi : « Fidejussoribus succurri « solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum « solvere paratus est *vendere cæterorum nomina* » [1].

Paul n'était pas moins explicite : « ..,..... non « enim in solutum accipit; sed quodammodo *nomen* « *debitoris vendidit* » [2].

Pothier, dans notre ancien Droit, définissait ainsi la subrogation : « Une fiction de droit par laquelle « le créancier est censé *céder ses droits, actions*, « *priviléges et hypothèques* à celui de qui il reçoit son dû [3]. »

Les dispositions du Code reproduisent ces redondances et redoublements de synonimes : « droits, actions » (art. 1250). Ils veulent indiquer par là combien est puissant l'effet de la subrogation. C'est la créance elle-même qu'elle déplace et cette transmission ne peut provenir que d'une cession volontaire ou forcée.

Renusson [4] reprochait à cette théorie, peu suivie déjà dans notre ancien Droit [5], de n'avoir pas peu contribué à troubler la matière de la subrogation.

1. L. 17, D., *de fidejussoribus et mandatoribus*, XLVI, 1.
2. L 36, D. *eod, tit.*
3. Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans, n° 66.
4. *Subrogations*, chap. II, n° 24.
5. Voyez cependant Denizart, v°, *subrogation*, n° 9.

Aussi est-elle à peu près abandonnée dans notre droit moderne. Elle méconnait, en effet, et le principe essentiel qui forme la base de cette institution et les textes du code;

Le principe même de la subrogation. — Le transport-cession est une vente, un contrat commutatif. L'idée de subrogation, au contraire, est inséparable de l'idée de paiement. C'est une extinction de la dette sous une certaine modalité ; mais cette modalité n'enlève point à l'acte son trait essentiel de paiement.

Les textes du code. — Pénétré de l'exactitude de cette idée, le législateur de 1804 a nettement laissé voir qu'il l'adoptait. C'est ainsi qu'il traite du paiement avec subrogation dans le titre des contrats, au chapitre de l'extinction des obligations. Il s'occupe au contraire de la cession au titre de la vente. La section spéciale qu'il consacre à l'étude de la subrogation est intitulée : Du paiement avec subrogation. Enfin tous les textes de cette section, présentent la subrogation comme un incident et une modalité du payement. (art. 1249 à 1252) [1].

Le caractère de cession refusé à la subrogation, certains auteurs contestent que ce soit la même créance qui appartienne au subrogé [2]. Il faut bien, disent-ils, recon-

1. Comp. : Cass., 24 février 1846, Sir. 46, I, 279 ; Paris, 5 juillet 1854, Sir. 54, II, 651.

2. Bugnet sur Pothier, II, p. 136 et 299 ; Marcadé, 1252, n° 1 ; Daniel de Folleville, *des Caractères distinctifs du payement avec subrogation* ; Consultation délibérée par M. Grappe, à l'occasion d'un procès qui intéressait le prince de Talleyrand, et reproduite *in extenso* dans le recueil *des Questions de droit* de Merlin, v°, *Subrogations*, § 1.

naître que la créance du subrogeant a été éteinte, sous peine de se mettre en contradiction avec soi-même. Un payement qui n'éteindrait rien ne serait pas un payement. Seuls les accessoires, les garanties de l'ancienne créance passent donc au subrogé et s'attachent au droit nouveau né à son profit.

Cette opinion a pour conséquence de restreindre d'une manière très regrettable les effets de la subrogation, car elle prive le subrogé des garanties qui sont inhérentes à la créance elle-même et ne peuvent être considérées comme ses accessoires, telles que : la qualité de créance commerciale, ou la force exécutoire du titre qui la constate. Je ne l'admets pas; toutefois je n'ai pas ici à la combattre directement, puisqu'elle arrive, au point de vue qui m'occupe, au résultat que je demande, elle sépare, et d'une façon bien tranchée, la subrogation du transport-cession; elle la transforme en une véritable novation par changement de créancier.

Mais est-elle exacte quand elle vient dire qu'elle est la seule qui puisse en quelque sorte sauver la subrogation des règles du transport?

Non, et tout en attribuant à la subrogation la nature de paiement, c'est la créance même du subrogeant, les *nom* et *créance* de ce dernier, comme portait la déclaration du mois de mai 1609, ses *droits* et *actions*, comme répète l'article 1250, que je donne au subrogé.

Le parti, peut-être le plus considérable dans la doctrine, se croit obligé, pour reconnaître à la su-

brogation ce puissant effet, de faire une concession. Elle constitue bien, reconnaît-on, un payement dans les rapports du créancier subrogeant avec le tiers subrogé qui le paye; mais elle contient une cession dans les rapports du subrogé avec le débiteur dont il a acquitté la dette. [1]

Cette distinction avait été imaginée par Renusson : « Quoique la dette ne subsiste plus à l'égard du « créancier qui a reçu ce qui lui est dû, elle subsiste « à l'égard du débiteur; lequel, n'ayant pas payé « de ses deniers, demeure débiteur de celui qui paye « pour lui. » [2]

Bigot-Préameneu l'a reproduite dans l'exposé des motifs : « L'obligation est éteinte à l'égard du « créancier par le payement que lui fait une tierce « personne subrogée dans ses droits, sans que « cette obligation soit éteinte à l'égard du débiteur. »[3]

En pratique, cette théorie ne s'écarte point de celle qui ne voit dans la subrogation aucun mélange de cession : elle la soustrait également à toutes les règles spéciales au transport. Je dois cependant la réfuter, parce que je la crois inexacte au point de vue théorique et que je tiens à montrer la différence profonde qui sépare ces deux institutions.

Le but du subrogé n'était point d'acheter une créance, mais de libérer le débiteur. Il ne peut donc

1 Colmet de Santerre, V, n° 189 *bis*, I-V ; Larombière, III, art. 1252, n° 7 ; Aubry et Rau, IV, pp. 168 et 169.

2 Chap. I, n° 12.

3 Locré, *Législ. civ.*, XII, p. 369.

y avoir autre chose qu'un payement, soit envers le créancier qui a reçu, soit envers le débiteur que ce payement a libéré.

« Mais, dit M. Demolombe, pour assurer au tiers « qui a payé le recouvrement de son avance, la loi « met, pour ainsi dire, au service de la nouvelle « créance que cette avance a produite toutes les « garanties que le créancier payé aurait eues lui- « même, sans distinguer entre celles qui ne sont « que des accessoires et celles qui sont inhérentes « à cette créance elle-même, laquelle est censée « subsister, à l'effet de faciliter le recouvrement de « la créance nouvelle que le paiement a fait naître. » [1]

De cette diversité de nature découlent de nombreuses différences entre la subrogation et le transport.

I. — Le subrogé ne peut répéter contre le débiteur qu'il a libéré par son payement que le montant de ce qu'il a effectivement payé pour lui. Primus doit 10,000 fr. à Secundus. Tertius paye pour lui 8,000 fr. et obtient quittance intégrale de Secundus. Son recours contre Primus ne s'élèvera qu'au chiffre de 8,000 fr.

C'est qu'en effet le subrogé veut seulement libérer le débiteur ; il fait un payement pour autrui et, comme tout gérant d'affaires utiles il n'a droit qu'au

1 XXVII, n° 326. Voyez aussi : Cass., 5 décembre 1863, Sir., 64, I, 177.

remboursement de l'avance qu'il a faite. Si ce paiement pour autrui avait eu lieu sans subrogation, il est incontestable, pour tout le monde, que le recours se limiterait à ce chiffre. Or la subrogation n'en modifie en rien la nature, elle ne fait qu'en assurer l'efficacité.

Le cessionnaire, lui, au contraire, a fait une spéculation intéressée et quelque minime que soit la somme au prix de laquelle il est devenu titulaire de la créance, il a droit au payement intégral de cette créance.

Les parties ont pu stipuler que le droit du subrogé s'élèverait à ce chiffre ; mais la subrogation perd alors son caractère propre pour se transformer en un véritable transport.

Cette première différence entre la cession et le payement avec subrogation a été très bien établie dans les articles 10 et 11 de la loi du 11 Frimaire an VI, qui fixait le mode de remboursement des obligations contractées pendant la dépréciation du papier-monnaie [1].

II. — La nécessité d'une signification ou d'une acceptation authentique de la part du débiteur ne s'applique pas à la subrogation (art. 1690).

Le payement fait au nom d'autrui n'a pas besoin, pour acquérir toute son efficacité, de cette signification. Puisque l'existence d'une subrogation ne modi-

1. Cass., 21 mars 1810, Sir. 11, I, 6.

fie point son caractère de payement, elle va rester inutile.

Toutefois le subrogé fera bien d'avertir le débiteur de ce qu'il vient de faire, car, si celui-ci vidait ses mains entre celles du créancier, il serait fondé à prétendre qu'une action ne peut être formée contre lui. Sa bonne foi l'en sauve. Mais la différence n'en subsiste pas moins très profonde avec la cession, car cet avertissement peut être formulé de toute façon. Contenu dans une lettre-missive ou même donné verbalement, il produira les mêmes effets.

III. — Le cédant doit assurer l'existence du droit cédé au temps du transport (art. 1693). Le subrogé ne peut prétendre à cette garantie.

Cette solution a été repoussée par quelques arrêts [1].

Pour nous, qui rejetons tout rapport entre la cession et la subrogation, elle est évidente. Le subrogé n'a voulu faire qu'un paiement. Si son titre de subrogé n'est point opposable au débiteur prétendu, c'est que, celui-ci n'étant point lié, la gestion d'affaires n'était pas utile. Il a donc fait un payement sans cause, et, à ce titre, il n'exercera que l'action en répétition de l'indu contre le faux créancier.

Voici l'intérêt qui s'attache à la diversité de nature de l'action. Le subrogé n'aura droit à la bonification des intérêts et à la restitution des frais et loyaux coûts

1. Cass., 4 février 1846, Sir. 46, I, 97 ; Montpellier, 15 décembre 1847, Sir. 48, II, 525.

de la quittance que dans le cas où le subrogeant serait de mauvaise foi (art. 1378-1380). Le cessionnaire, lui, n'a point à démontrer cette mauvaise foi pour obtenir ces bonifications (art. 1630 et suiv.)

Ce point était universellement reconnu dans notre notre ancien Droit:

« Creditor non tenetur cedere actiones cum hoc « onere ut sint efficaces sed simpliciter quales habet, « disait Dumoulin[1]. »

Il est impossible d'être plus explicite que Pothier: « La subrogation diffère du transport en ce que le « créancier qui a subrogé à ses droits celui de qui il « a reçu son dû, n'étant réputé vendre et transporter « sa créance que par une pure fiction qui ne doit « pas lui préjudicier, il ne s'oblige à aucune ga- « rantie[2]. »

Bigot-Préameneu émettait la même opinion dans l'exposé des motifs: « Par le payement avec subro- « gation, toute obligation est éteinte vis-à-vis du « créancier, et, conséquemment, il n'en contracte « aucune à l'égard du subrogé[3]. »

IV. — La créance payée avec subrogation pouvait être commerciale; elle produisait alors des intérêts à six pour cent. La créance du subrogé étant civile n'en produira jamais qu'à cinq pour cent. « Voilà

1. *De usuris*, nos 672 et suiv.

2. Introduction au titre XX de la *Coutume d'Orléans*, sect. V, no 66.

3. Locré, *législ. civ.*, XII, p. 349. Voyez dans le même sens: Paris, 3 juillet 1854, Sir. 54, II, 651.

« une hypothèse, dit M. Demolombe, qui est, certes, « de nature à faire ressortir encore le contraste que « nous tenons à signaler entre la cession et la subro- « gation. »

Le cessionnaire, avons-nous vu, acquiert la créance avec sa nature propre et se soumet aux conséquences favorables ou défavorables que cette nature entraîne. Le subrogé n'acquiert, en vertu de la subrogation, que le droit de rentrer dans les déboursés occasionnés par le paiement. L'avance qu'il a faite consiste dans un capital et dans les intérêts qu'il aurait pu en retirer. Si cette avance ne présente pas à elle seule un caractère commercial, ces intérêts ne peuvent être supérieurs à cinq pour cent. Telle sera donc la limite de son recours.

La preuve est de toute évidence lorsque la subrogation provient *a parte debitoris*. Le subrogé n'est alors qu'un prêteur ordinaire muni de garanties spéciales. Etant donné que les diverses causes de subrogation sont identiques quant aux résultats, ma démonstration prend un caractère de généralité et s'applique à toutes.

V. — Le cessionnaire d'une créance l'exerce telle qu'elle existe. Son transport n'en a point changé l'objet. Est-ce d'une rente qu'il s'est porté acquéreur? Il pourra exiger le service des arrérages de la même façon que le crédi-rentier originaire.

La subrogation, elle, au contraire, ayant éteint la créance du crédi-rentier et lui substituant le simple

droit pour le subrogé de répéter le montant de ses avances, c'est un capital fixe qu'il devra réclamer.

Pothier enseignait cette doctrine ; mais il établissait une distinction entre ce qu'il appelait les subrogations ordinaires d'une part et d'autre part la subrogation *a parte debitoris*. Dans les subrogations ordinaires il donnait le choix au subrogé entre le service des arrérages et le remboursement du capital [1].

Cette distinction avait été précédemment inaugurée par Dumoulin [2].

Malgré l'autorité de ces deux noms, je ne pense point que l'on doive l'admettre.

Elle a pour premier inconvénient de perpétuer entre les causes d'où la subrogation procède des différences qui n'existent point. Mais elle est inexacte à un autre point de vue. Cette option est en contradiction manifeste avec tous les principes. De deux choses l'une :

Où la subrogation doit être envisagée comme une cession, et alors c'est le service de la rente seul que peut exiger le cessionnaire.

Où elle n'est qu'un paiement et, dans cette seconde alternative, le subrogé n'a d'autres droits à exercer que la créance résultant de son paiement, laquelle consiste en un capital fixe et exigible [3].

1. Introduction au titre XX de la *Coutume d'Orléans*, sect. V, n° 85.
2. *De usuris, quæst.* 311, nos 248 et 249.
3 Comp. Renusson, *subrog.*, chap. VI.

VI. — De même que la cession ne transforme point l'objet du droit, de même elle est sans influence sur les causes d'extinction de ce droit. La prescription de la créance reste, en particulier, ce qu'elle était avant l'opération : son cours n'est point interrompu et sa durée n'est point modifiée. C'était, par exemple, une dette de fermages qui, aux termes de l'article 2227, se prescrivait par cinq ans. L'expiration de ces cinq ans amènera la libération du fermier comme si aucun transport n'avait été effectué.

Sommes-nous en face d'une subrogation, la créance du subrogé n'a plus la même cause, elle procède du paiement. Il en va résulter deux conséquences :

1° La prescription n'en peut courir que du jour où elle est née, c'est-à-dire du jour du paiement.

2° Sa nature, complétement transformée, ne la soumet plus qu'à la prescription ordinaire de trente ans.

Il existe, entre la subrogation et le transport, une foule d'autres différences que je ne veux point énumérer. Je me contente d'en rappeler deux précédemment indiquées.

I. D'après l'article 450, un tuteur ne peut acquérir les créances de son pupille. Il peut se faire subroger à ses droits contre un tiers.

II. — L'article 1252 donne au subrogeant un bénéfice d'une nature spéciale. Lorsqu'il n'a été payé qu'en partie, il jouit, à l'égard du débiteur, d'un droit

de préférence sur le subrogé. Ce bénéfice ne peut être étendu au cessionnaire.

Par application d'une remarque générale que je faisais au début de ce chapitre, il peut arriver que les parties aient qualifié de subrogation ce qui n'est qu'une cession. Ce sont alors les principes de la cession que l'on appliquera. La distinction sera plus ou moins difficile suivant les cas. Voici le critérium à l'aide duquel on pourra, en général, se déterminer :

Le juge doit s'attacher au point de savoir si les fonds remis au créancier lui ont été versés dans son intérêt ou dans celui du débiteur.

Quand il s'agit d'une créance exigible, il est, en général, à présumer que les fonds ont été versés dans l'intérêt du créancier, et que l'opération constitue, par conséquent, un transport-cession.

Si, au contraire, la créance était exigible, et surtout si le créancier avait commencé les poursuites, l'intervention d'un tiers devrait, en général, être considérée comme ayant eu lieu dans l'intérêt du débiteur et, par suite, l'opération présenterait plutôt les caractères d'un paiement avec subrogation que ceux d'un transport.

APPENDICE

SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS EUROPÉENNES.

Allemagne. — Le principe romain de l'incessibilité a été laissé de côté. Les jurisconsultes allemands admettent sans réserve l'aliénation d'une créance : le cédant se dépouille complètement de droit et l'acquéreur peut dorénavant l'exercer en son propre et privé nom.

D'après le droit commun de l'Allemagne, l'acte seul de cession opère, comme en droit français, dessaisissement entre les parties; mais, au regard des tiers, la créance reste sur la tête du cédant aussi longtemps qu'il n'y a eu ni acceptation du débiteur ni signification. Jusqu'à ce moment donc toute cause d'extinction, gratuite ou intéressée, intervenue entre le cédant et le débiteur sera opposable au cessionnaire. Il faudrait, pour qu'il en fût différemment, que ce dernier établît une mauvaise foi chez le débiteur.

Angleterre. — Le transfert des créances, ou *choses en action* fut à l'origine considéré comme impossible. La nation anglaise avait trop l'instinct du commerce pour ne pas voir les entraves qu'un tel état de choses y apportait. Aussi d'assez bonne

heure admit-on la transmission au moyen d'un endossement des créances constatées par lettres de change. La reine Anne étendit aux billets à ordre ces dispositions de faveur [1]. Pour les autres créances, ou était parvenu à éluder la prohibition en autorisant le cessionnaire à en poursuivre le remboursement au nom du cédant. C'était le procédé du droit romain par la *procuratio in rem suam* reproduit.

Des statuts spéciaux permirent au porteur d'un connaissement et au cessionnaire d'une police d'assurance sur la vie ou maritime d'agir en son propre nom [2]. Mais le principe d'incessibilité persista d'une façon générale, jusqu'au 2 novembre 1874.

Depuis cette date, et en vertu de la loi sur l'organisation judiciaire de 1873 [3], toute cession de créance confère directement au cessionnaire les droits du cédant.

Une signification peut être faite au débiteur pour l'empêcher d'effectuer un paiement de bonne foi entre les mains du cédant; mais elle n'est pas nécessaire en principe pour l'efficacité du transport. Aussi toute saisie-arrêt, postérieure à la cession, n'en sera pas moins, quoique antérieure à la notification, inopposable au cessionnaire [4].

La législation écossaise admet, au contraire, les

1. St., 3 et 4, Ann. C. 9.

2. St., 18 et 19, Vict., C. 111, § 1; 30 et 31, Vict., C. 144; 31 et 32, Vict., C. 86.

3. Story, 36 et 37, Vict., c. 66, § 25, al. 6.

4. St., *On equity of jurispr.*, § 421, a; *Conflict. of Law*, § 569.

mêmes principes que la loi française sur la nécessité et les effets d'une notification [1].

Belgique. — Notre Code civil français n'a subi, en cette matière, aucune modification. La doctrine des auteurs [2] et la jurisprudence des tribunaux belges m'ont même servi à l'interpréter.

Italie. — Le Code civil italien, promulgué à Florence le 25 juin 1865, et devenu exécutoire dans toute l'Italie à partir du 1er janvier 1866, a été calqué sur le Code civil français.

L'article 1538 applique à la cession de créance le principe du déplacement de propriété entre les parties par le seul effet du consentement. L'article 1539 exige, à l'égard des tiers, comme notre article 1690, une signification ou une acceptation authentique du débiteur.

Les autres dispositions du chapitre sont identiques aux dispositions du chapitre VIII de notre titre de la vente, sauf ces quelques modifications de détail :

1° La vente du capital de la créance ne comprend pas les produits et intérêts échus, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement (art. 1541).

2° La garantie pure et simple de solvabilité s'entend de la solvabilité actuelle et de la solvabilité future dans les limites que voici :

1. Burge, *Comment. on colon. and foreing law*, part. II, cap. 20.

2. J'ai cité en particulier, sur les questions les plus importantes, l'opinion de M. Laurent, professeur à l'Université de Gand.

La créance est-elle exigible? Le cédant répond de la solvabilité du débiteur une année, à compter de l'époque de la cession de cette créance.

N'est-elle pas encore exigible? Cette année ne courra que du jour de l'échéance.

Si la créance consiste en une rente perpétuelle, la garantie de la solvabilité s'éteint par le laps de dix années à partir de la date de la cession (art. 1544).

Peut être cette innovation du code italien relative à la garantie, prête-t-elle à critique? Il est dûr de faire répondre le cédant des conséquences d'une insolvalité qu'il ne peut prévenir, n'ayant plus entre les mains les titres de créance nécessaires pour exiger un payement. On a voulu couper pied aux questions de fait si délicates sur le point de savoir si l'insolvabilité du cédé devait être considérée comme antérieure ou postérieure au transport.

Suisse. — Aux termes de l'article 184 du code fédéral de 1881, la cession de créances n'est soumise à aucune condition de validité, telle que signification ou acceptation du débiteur. La simple convention la réalise d'une façon complète entre les parties et à l'égard des tiers. Toutefois elle n'est opposable à ces derniers, notamment en cas de faillite, que si elle a été constatée par écrit.

Cette exigence a pour objet de déjouer les fraudes, d'empêcher que l'on oppose à des tiers, pour faire échec à leur droit, un transport simulé.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

La cession d'actions ne peut être exigée par le *correus promittendi* qui n'est point dans des liens de société avec les autres *correi*.

II

La remise d'arrhes par l'acquéreur au vendeur, ou réciproquement, ne constitue, même sous Justinien, qu'un mode de preuve de la vente, et point un moyen de dédit, toutes les fois que les parties ne se sont pas proposé de la rédiger par écrit.

III

Dans le Droit ancien, la *minima capitis deminutio* de l'un des associés dissolvait la société.

IV

Du jour où le prêteur sanctionna les pactes par une exception, ils furent susceptibles de produire une obligation naturelle.

V

Dès l'époque classique, une obligation naturelle pèse sur le pupille sorti de l'*infantia* qui a contracté sans l'*auctoritas tutoris* et auquel l'opération n'a point procuré un enrichissement.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I

Le mariage contracté par une personne non interdite dans un moment de folie est nul d'une nullité d'inexistence. Un simple collatéral, bien qu'il n'ait point fait opposition à ce mariage, conformément à l'article 174 du code civil, peut donc en provoquer la nullité, si son intérêt le réclame.

II

L'aveugle peut tester dans la forme authentique et il n'est pas nécessaire, pour la validité de l'acte, que le notaire constate, à la suite de la signature, l'état de cécité de celui qui l'a donnée.

III

La donation déguisée entre époux est valable lors-

qu'elle n'excède pas la quotité disponible. Si elle l'excède, elle est nulle pour le tout.

IV

Le voleur, chez lequel la chose volée a péri, n'est pas admis à prouver qu'elle eût également péri chez le propriétaire.

V

L'hypothèque légale de la femme commune s'étend sur tous les conquêts de communauté au cas de renonciation et sur la part du mari seul au cas d'acceptation par elle de cette communauté.

DROIT COMMERCIAL

I

Le porteur d'une lettre de change a un droit réel de gage sur la provision mise aux mains du tiré, qu'elle consiste en marchandises ou en créances sur le tireur.

II

L'action en résolution de la vente d'un immeuble pour défaut de paiement du prix n'est pas recevable si le contrat d'acquisition n'a été transcrit qu'après le jugement déclaratif de faillite du vendeur.

PROCÉDURE CIVILE

Les parties qui passent un compromis peuvent dispenser leurs arbitres de l'observation de tout délai pour rendre la sentence, le délai étant alors de trente ans.

DROIT ADMINISTRATIF

Le Conseil d'État peut n'autoriser que pour partie l'acceptation d'un legs fait à un établissement d'utilité publique ; mais l'auteur de la libéralité a pu valablement attribuer le bénéfice éventuel de cette réduction à un légataire.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le Sénat ne peut ajouter au budget des crédits, ni rétablir ceux que la Chambre des Députés a rejetés.

Vu par le Président de la Thèse :
L. JOUEN.

Vu par le Doyen :
C. DEMOLOMBE.

Permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. ZÉVORT.

TABLE

Pages.

INTRODUCTION 5

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

PRINCIPES DE LA MATIÈRE. 11
CHAPITRE Ier.—De la cession de créances, quant à la forme. . 23
Première période. 24
Deuxième période. 31
Troisième période. 51
CHAPITRE II. —De la cession de créances quant au fond. . . . 69
SECTION Ire.—Conditions de la cession de créances . 69
§ 1er.—Capacité des parties. 69
§ 2. —Quelles créances peuvent être cédées? 73
SECTION II. —Effets de la cession de créances. . . 88
§ 1er.—Le cédant est désapproprié de la créance. 90
§ 2. —Le cessionnaire est approprié de la créance 91
§ 3. —Garantie due par le cédant au cessionnaire. 112

DEUXIÈME PARTIE

DROIT FRANÇAIS

PRINCIPES DE LA MATIÈRE. 120
CHAPITRE Ier.—Conditions de la cession de créances 129
SECTION Ire.—Capacité des parties. 130
SECTION II. —Quelles créances peuvent être cédées? 172

Pages.

CHAPITRE II. —Effets de la cession de créances entre les parties. 186
Section Ire.—Des droits et avantages qui passent au cessionnaire et des exceptions qui peuvent lui être opposées. . . 187
Section II. —Garantie due par le cédant au cessionnaire. 226
Section III. —Concours du cédant avec un cessionnaire partiel, ou de plusieurs cessionnaires partiels entre eux . . . 246
CHAPITRE III.—Règles spéciales pour l'efficacité de la cession de créances à l'égard des tiers. 251
Section Ire.—Conditions à l'accomplissement desquelles est subordonnée l'efficacité de la cession de créances à l'égard des tiers. 256
Section II. —Conséquences de l'inaccomplissement des formalités. 265
Section III.—Conséquences de l'accomplissement des formalités. 303
Section IV.—Quelles cessions de créances sont soumises à l'accomplissement de formalités pour leur efficacité à l'égard des tiers? 335
CHAPITRE IV.—Différences entre la cession de créance et quelques autres opérations juridiques. 354
Section Ire.—Différences entre la cession de créances et la novation 354
Section II. —Différences entre la cession de créances et la subrogation. 359
Appendice sur la cession de créances dans les principales législations européennes. 375
POSITIONS 379

8858 — CAEN — TYPOGRAPHIE-LITHOGRAPHIE E. VALIN, 5, RUE AU CANU